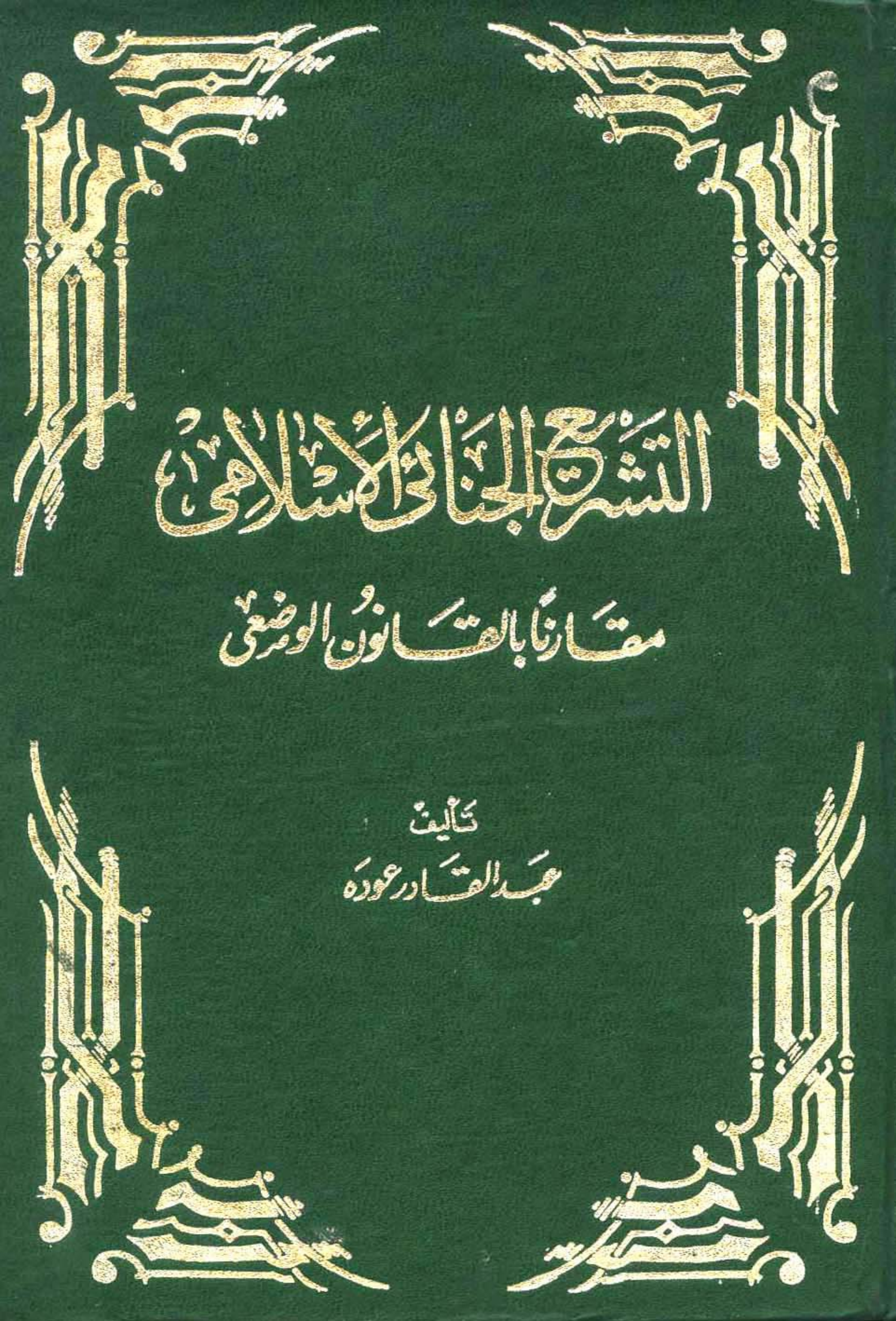

التشريع الجنائي الإسلامي
مقارناً بالقانون الوضعي
تأليف
عبد القادر عوده

سلسلة الثقافة العامة

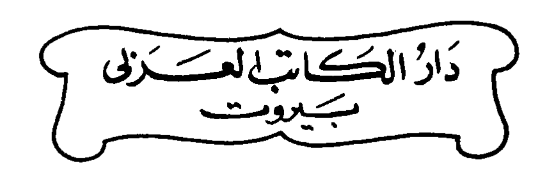
التشريع الجنائي الإسلامي

مقارنا بالقانون الوضعي

تأليف

عبد القادر عوده

الجزء الأول





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقّهه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهاديا ومعلما ليهلك من هلك عن بيّنة ويحيي من حيّ عن بيّنة .

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادىء الإنسانية ، والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيرا .

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان .

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رَبِّ اشْرَحْ لى صَدْرِى وَيَسِّرْ لى أَمْرِى ، وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِن لِسَانِى يَفْقَهُوا قَوْلِى ؟

تقديم وتوجيه

١ – **موضوع البحث** : هذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية وعلى الأخص القانون المصرى ، تقوم على بحث المبادىء والنظريات العامة فى الشريعة والقوانين ، وبيان وجوه الخلاف والوفاق بينهما – وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائى ، وأرجو أن يعيننى الله حتى أتمه ، وأن يوفقنى بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدنى .

٢ – **محتويات الجزء الأول** : وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائى العام ، وسيكون الجزء الثانى شاملا للقسم الجنائى الخاص .

٣ – **مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى** : وسيرى القارىء أنى حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادىء والنظريات فى كل موضوع جل أو هان ، وقد أردت من هذا أن يكون القارىء على علم بأحكام الشريعة فى كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية ، كما أردت أن أقطع الطريق على من فى قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض فى هذا الموضوع وترك ذاك .

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، لن أتتبع القانون فى أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة ، ولن أقارن بين القانون فى القرن السابع الميلادى و بين الشريعة التى أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم فى أول هذا القرن ؛ فإن القانون فى هذه العهود لم يكن فى مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولكنى أقارن حين أقارن بين القانون فى عصرنا الحاضر و بين الشريعة ، وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، و بين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرنا لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل ، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل ؛ لأنها من

عند الله ، ولا تبديل لـكلمات الله ؛ ولأى من صنع الله الذى أتقن كل شىء خلقه فليس ما يخلقه فى حاجة إلى إتقان من بعد خلقه .

فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات فى القانون، و بين أقدمها فى الشريعة ، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل ، و بين القديم المستعصى على التغيير والتبديل ، وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خيرمن الحديث المتغير ، وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من المبادئ والنظريات لاتزال فى مستوى أدنى من مستوى الشريعة.

وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول ، فإن الحق فى هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولـكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفـكر ، ويقدر ، و يقارن ، ويوازن ، ويميز الخبيث من الطيب .

إن الحديث قد يكون خيراً من القديم إذا قورن ما صنعه النـاس قديماً بما يصنعه الناس اليوم ، ولـكن الحديث لن يتهيأ له أن يصل إلى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس .

لقد صنع الله موسى وعيسى و محمداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن . فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والأرض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه . و إذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق فى مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هذه العقول لا تستسيغ بأى حال أن تضع ما يصنعه المخلوق فى مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين . ولا شك أن العقول التى تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين

الشريعة الإسلامية وهى من صنع الله ، وبين القوانين الوضعية وهى من صنع البشر فإذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما ، فأولى بأصحابها أن لا يعجبوا مما نقول وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس ، وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائه ؟

٤ - **المذاهب الشرعية المقارن بها** : وسيرى القارىء أنى لم أعتمد فى المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين ، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهى المذهب المالكى ، والمذهب الحنفى ، والمذهب الشافعى ، والمذهب الحنبلى ، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب فى كل موضوع طرقته ، واجتهدت أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف ، ليكون القارىء ملما باتجاه كل مذهب وسنده .

٥ - **علة الاقتصار على المذاهب الأربعة** : وكان بودى أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفى ووسائلى ووقتى قصرت بى عن بلوغ ما أريد ، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله فى الريف دائماً حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسى فى اقتناء الكثير الذى لا أجده ، وقنعت باستعارة القليل الذى أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلى فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون .

وكان الوقت أعظم مشاكلى ، فعملى الرسمى يأخذ منى كل أوقات فراغى تقريباً ولولا أنى خصصت أوقات راحتى اليومية ، وأيام عطلتى السنوية للدراسة والاطلاع ، لما تغلبت على هذه المشكلة .

وقد كان هذا كله سبباً فى أن أقصر دراستى على هذه المذاهب الأربعة وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة ، ولعلى أتدارك ما فاتنى فى طبعة مقبلة إن شاء الله .

٦ - **لغة البحث** : ولم أشأ أن أكتب باللغة التى يكتب بها فقهاء الشريعة لأنى دون شك أعجز من أن أجاريهم فى أسلوبهم الدقيق العميق ولأن القارىء العادى يعجز عن فهم هذا الأسلوب ، وفضلت أن أكتب باللغة التى يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن مكتفياً بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها فى اصطلاحنا القانونى ، ولكنى لم أهمل الإشارة إلى المراجع التى استندت إليها أو أخذت عنها .

وقد دفعنى لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارىء ما أكتب دون حاجة إلى تعمق فى الفهم أو كدّ للذهن ، ولعلى بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها ، بل لعلى أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابى هذا ، فما لاشك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة ، ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها ، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية ، وهذه صفات لا تتوفر غالباً فيمن درسوا دراسة مدنية .

على أنى مهما حاولت أن ألتزم أساليبنا القانونية ، فإنى أعلم أنى عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية ، ولعل مصاحبتى الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها فى لغتى وأسلوبى وهو أثر أرجو أن يفيد القارىء وأن يقرّبه مرحلة من فهم كتب الشريعة .

٧ - **الفقهاء والشراح** : وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة ، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون ، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ماعرض أحد اللفظين غير مميز على القارىء لم يشتبه عليه الأمر . وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله ، ففى الشريعة يسمون العالم فى الغالب فقيها ، وفى القوانين يسمون العالم فى الغالب شارحا ، والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساسا للاسم الذى غلب عليه ، فالعالم فى الشريعة يشرح

النصوص وهى قليلة ، ويستنبط القواعد والمبادىء والنظريات التى تترتب على هذه النصوص ويرتب على أساسها الأحكام ، فأكثر عمله فقه وأقله شرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه . والعالم فى القانون أكثر عمله شرح النصوص التى لا حد لها من الكثرة ، وهو يشرحها طبقاً للقواعد والمبادىء التى جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة ، إلا أن استنباط المبادىء والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله ، لأن ورود النصوص فى كل مايتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه إلى الشرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح

٨ - **لماذا بدأت بالقسم الجنائى :** ولقد بدأت بالقسم الجنائى لأنه القسم المنبوذ المظلوم فى الشريعة . فنحن معشر القانونيين لا ندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية ، وما عدا ذلك فهو مهمل إهمالا يكاد يكون تاما وبخاصة القسمين المدنى والجنائى . وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لابد منها وهى أنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلا فاضحا . ولكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت فى المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذى بلغته القوانين الوضعية .

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين فى قليل من المواضع المدنية ، لأن نصوص القانون المدنى التى تحكم هذه المواضيع أخذت عن الشريعة الإسلامية ، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطى فكرة لابأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدرى باشا سهل بكتابه « مرشد الحيران » المقارنة بين القسم المدنى من الشريعة على مذهب أبى حنيفة وبين القوانين الوضعية ، حيث نظم أحكام المذهب الحنفى فى المسائل المدنية فى مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدنى المصرى ، فمكن رحمه الله بعمله هذا لكل من يطلع

على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون ، وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف ، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي فى الغالب إلى نتائج صحيحة ما دام المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التى قامت عليها الأحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى .

أما القسم الجنائى فهو فى عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم ، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية . وهى عقيدة خاطئة مضللة . وإذا حاول أى شخص منصف أن يعرف الأساس الذى قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل ، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائى فى الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجملة ومفصلة .

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلَّم بها من أولى العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع ، وإنكار الحقائق ، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة . ومن أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ وكل قاعدة وكل نظرية فى الشريعة الإسلامية تنادى بخطأ هذه العقيدة وبعدها من الصواب .

وقد رأيت من الواجب علىّ ، بعد أن تبين لى ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمة ، وأن أبدأ بالكتابة فى القسم الجنائى الذى نبذناه دون حق ، وجهلناه دون عذر ؛ لأعرّف الناس بهذا القسم على حقيقته ،ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما فى المسائل الجنائية عامة ، وأن القسم الجنائى فى الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق فى عصرنا الحالى وفى المستقبل كما كان صالحا كل الصلاحية فى الماضى .

٩ — **كيف دفعت لدراسة الشريعة ؟** : وأعترف للقارىء أننى لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا فى سنة ١٩٤٤ م وأننى لم أكن قبل ذلك مشغوفا بقراءة كتب الفقه ، ولكنى كنت مشغوفا بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام . وكتب التاريخ الإسلامى لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ، ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع ، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع ، وهذه الآثار تثير فى الرجل الفنى روح المقارنة والمفاضلة وقد أدهشنى أنى لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا إسلاميا إلا روعيت فيه المبادىء والنظريات الجنائية الحديثة التى قيل لنا فى المدارس : إنها من ابتداع القوانين الوضعية ، وإن العالم لم يعرفها إلا فى القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية ، فحملنى هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائى فى الشريعة دراسة منظمة ، وقد خرجت من دراستى بأن العيب الوحيد فى هذا القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل ، وأنه فيما عدا ذلك خير من أى قانون وضعى على وجه الأرض ، بل هو المثل الأعلى الذى يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشرع وضعى فى أى بلد غير إسلامى .

١٠ — **حاجة الكتب الشرعية إلى تهذيب** : ولقد أتعبتنى دراسة القسم الجنائى حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئا يذكر من علم الأصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تعبا أنى لم أتعود قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة ، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها فى الحال ، بل عليه أن يقرأ بابا وأبوابا حتى يعثر على ما يريد خصوصا إذا لم يكن له من يرشده ، وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة فى مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه .

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد فى الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل فى باب معين فى هذا المذهب

قد لا يدخله المذهب الآخر فى نفس الباب . ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة وهم فى كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته خصوصاً فى الكتب المختصرة والمتون .

ولاشك أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأنى كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب ؛ ولكن هذه الدراسة أفادتنى فى الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لى فهم مختلف النظريات وفهم الأسس التى بنى عليها كل فقيه نظريته ، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية .

وأعترف أنى عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم ، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لى خطؤها فى القراءة الثانية ، ومن ثم فقد قرأتها مثنى وثلاث ورباع ، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ . ولقد حملنى على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أنى كنت أدرس المذاهب الأربعة وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين فى كل مذهب ، وساعد على هذا أنى لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة ، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعاً منها . على أنى مع هذا لا أعتقد أنى سلمت من الوقوع فى الخطأ ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده فى تجنب الخطأ ، وإنى لأرجو ممن يعثر على خطأ أن يبصرنى به مشكوراً لأتجنبه فى المستقبل .

وحين لمست المجهود الذى يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة ، ورأيت النتائج الباهرة التى وصلت إليها ، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التى وقعنا فيها ، شعرت بأن علىّ واجبا عاجل الأداء نحو الشريعة ، ونحو زملائى من رجال القانون ، ونحو كل من درسوا دراسة مدنية ، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة فى المسائل الجنائية فى لغة يفهمونها وبطريقة يألفونها ، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة ، وأن أنشر على الناس الحقائق التى حجبها الجهل عنا زمنا طويلا .

١١ — طريقة التأليف : وسيرى القارىء أنى نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون ، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم ، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين ، و يسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدونه فى المحل الذى ألفوا أن يجدوه فيه .

وقد شجعنى على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها ، فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة ، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور فى التأليف والترتيب ، وقد اقتضانى هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لأستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذى سيراه القراء .

١٢ — كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية : وقد تبين لى — كما سيتبين للقارىء — من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، و بصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور .

وفوق هذا فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشريعة . وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقاً ، ومن جهل شيئاً لا يصلح للحكم عليه .

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة فى عدم

صلاحية الشريعة على قياس خاطىء وليس على دراسة منظمة ، ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التى كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادى ، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود فى القوانين القديمة ، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر ، وهو اعتقاد كله حق ، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطأ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون : ما دامت القوانين التى كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر فكذلك الشريعة الإسلامية التى كانت سائدة فى العصور الوسطى ، والتى ظل الكثير من أحكامها معمولا به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفى هذا القياس الباطل خطؤهم المجسم الذى لا يكاد يفوت الناقد البصير .

١٣ — وجه الخطأ فى قياس الشريعة بالقانون : ووجه الخطأ فى هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التى وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التى تكفل بوضعها خالق البشر ، فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء والناس برب الناس، فكيف يستوى فى عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟

وجه الخطأ فى هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان فى طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الخلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التى تميزه عن غيره .

١٤ — لا قياس بين مختلفين : وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتتميز عنها بمميزات جوهرية فقد امتنع القياس ؛ لأن القاعدة أن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا .

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية ، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين فيكون قياسهم باطلا ، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا، لأنه بنى على قياس باطل ، وما قام على الباطل فهو باطل .

وسنستعرض فيما يلى نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما ، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما ، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية ، وتتميز عنه بصفات جوهرية .

١٥ — **نشأة القانون** : ينشأ القانون الوضعى فى الجماعة التى ينظمها ويحكمها ضئيلا محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة فى تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعى كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا ، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع فى التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التى يحكمها وأخذت بحظ من الرقى والسمو ، ويبطىء فى تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هى التى تخلق القانون الوضعى وتصنعه على الوجه الذى يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها.

وعلماء القانون الوضعى حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكون الأسرة والقبيلة ، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ،وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر ، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل . وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين فى نطاق الدولة . ولكن

قانون كل دولة لم يكن يتفق فى الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانونى فى أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية ، فتطور القانون الوضعى من ذلك الوقت حتى الآن تطوراً عظيما ، وأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود فى العهود السابقة . وأساس هذه النظريات الجديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات فى العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية فى كثير من دول العالم ، ولكن بقى لكل دولة قانونها الذى يختلف عن غيره من القوانين فى كثير من الدقائق والتفاصيل .

هذه هى خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التى مر بها تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالى ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن بعد تطور طويل بطىء استمر آلاف السنين .

١٦ - **نشأة الشريعة** : وإذا كانت هذه هى نشأة القانون ،فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر فى هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ، ولا تشهد فيها نقصا ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم فى فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا ﴾ [سورة المائدة : ٣]

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون

دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهى شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هى الشريعة العالية التى استطاع علماء القانون الوضعى أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها .

وقد جاءت الشريعة كاملة لانقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة ، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول ، فهى تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد ، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة ، كما تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر فى الحرب والسلم .

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وإنما هى شريعة كل وقت ، وشريعة كل عصر ، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا يبلى جدتها ، ولا يقتضى تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية ، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن فى الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل .

وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول ﴿ لاَ تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ ﴾ [يونس:٦٤] وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان . أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتى النصوص القانونية التى يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التى وصل إليها

أخيراً القانون الوضعى مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعى ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن تحقق من المبادىء موجود فى الشريعة من يوم نزولها .

١٧ - لا مماثلة بين الشريعة والقانون : ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق: إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به ، و إن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعى لما جاءت على الشكل الذى جاءت به ، وعلى الوصف الذى أسلفنا ، ولوجب أن تأتى شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون فى التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتى بالنظريات الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين

ويستطيع القارىء من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التى تميز الشريعة عن القانون ، وللقارىء أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه المميزات إذا شاء ، أما أنا فأكتفى بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن فى الكلام عليها ما يغنى عن الكلام على غيرها .

١٨ - الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون : تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن القانون من صنع البشر ، أما الشريعة فمن عند الله ، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة

أو وجدت حالات لم تكن منتظرة . فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال ، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان .

أما الشريعة : فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن ؛ ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال : ﴿ لا تبديل لكلمات الله ﴾ [يونس : ٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان .

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله ، ولست أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوفر فيها الصفات التي ذكرتها ، وعلى أن أقيم لهم الدليل على توافرها وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توفر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها ، وأن يبحثوا عن صانعها ، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة ، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول .

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوفر الصفات التي ذكرناها في الشريعة ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك ، لأن منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوفر هذه الصفات ،فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض ، وسير الشمس والقمر والنجوم ، وسخر الجبال والرياح والماء ، وأنبت النبات ، وصور الأجنة في بطون أمهاتها ، وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاماً دائماً لا يخرج عليه ، ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطور . من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها ، وأن هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال

ما لا يستطيع أن يتصوره الإنسان . من كان يؤمن بهذا كله و بأن الله أتقن كل شىء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدًّا يعجز عن تصوره الإنسان .

ومن كان يؤمن بهذا كله ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه فلينتظر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل فى موضعه ، بل لعله يرى فى كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله .

الوجه الثانى : أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها . فهى قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هى فى مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غدا ، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهى قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغير كلما تغيرت حال الجماعة .

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة ، فالشريعة تتفق مع القانون فى أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون فى أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل . وهذه الميزة التى تتميز بها الشريعة تقتضى من الوجهة المنطقية :

أولا — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان ، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانيا — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر فى وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه فى الشريعة . بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية . فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرونة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو .

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرناً تغيرت فى خلالها الأوضاع أكثر من مرة ، وتطورت الأفكار والآراء تطوراً كبيراً ، واستحدث من العلوم والمخترعات مالم يكن يخطر على خيال إنسان ، وتغيرت قواعد القانون الوضعى ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة ، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التى نطبقها اليوم وبين القواعد القانونية الوضعية التى كانت تطبق يوم نزلت الشريعة ، وبالرغم من هذا كله ، ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات ، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم ، وأقرب إلى طبائعهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

هذه هى شهادة التاريخ الرائعة يقف بها فى جانب الشريعة الإسلامية ، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص ، وخذ مثلا قول الله تعالى ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ [سورة الشورى : ٣٨] أو اقرأ قول الرسول: « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر مالا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذى لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة ، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذى لا يتصور أن يصل إليه البشر فى يوم من الأيام ، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار ، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس .

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو ، ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة فى أى نص نستعرضه ، فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول ؛ ويكفى أن نسوق للقارىء مثلا آخر قوله تعالى : ﴿أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة

وجادلهم بالتى هى أحسن ﴾ [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة ، أما المبدأ الذى جاء به النص فلم يعرف بعدُ أن هناك ما هو خير منه ، ولا يمكن أن يتصور العقل البشرى أن هناك طريقاً لأصحاب الدعوات يسلكونها فى نشر دعواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتى هى أحسن .

ويستطيع القارىء أن يقرأ قوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [فاطر:١٨] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ إنَّ الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ﴾ [النحل : ٩٠] وقوله: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [سورة النساء : ٥٨] وقوله ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ [الأنعام : ٨] وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] يستطيع القارىء أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ، وليرى أن المبادىء التى جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد ، أو خيالٌ لمتخيل .

الوجه الثالث : — أن الجماعة هى التى تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها — والأصل فى القانون أنه يوضع لتنظيم شئون الجماعة ، ولا يوضع لتوجيه الجماعة ، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها ، وكان القانون من صنع الجماعة ، ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

وإذا كان هذا هو الأصل فى القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل فى القرن الحالى ، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى ، حيث بدأت الدول التى تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة ، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة ، وقد كان أسبق الدول

إلى الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية ، وتركيا الكمالية ، ثم تلتهما إيطاليا الفاشيستية وألمانيا النازية ، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة ، فأصبح الغرض اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التى يرى أولياء الأمور أنها فى صالح الجماعة .

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة ، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال فى القانون الوضعى ، وإنما هى من صنع الله الذى أتقن كل شىء خلقه .

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة إذاً الأصل فى الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعى ، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شىء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة ، وإيجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالى ، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى اليوم ، وجاء فيها من المبادىء والنظريات مالم يتهيأ العالم غير الإسلامى لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة ، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزلها على رسوله نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ، ويحملهم على التسامى والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الأداء ، وجعلت من رعاة الإبل سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية .

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها ، تمسك بها المسلمون الأوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس ، فإذا هم فى عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر ، لا صوت إلا صوتهم ، ولا كلمة تعلو كلمتهم ، وما أوصلهم لهذا الذى يشبه المعجزات

إلا الشريعة الإسلامية التى علمتهم وأدبتهم ، ورققت نفوسهم ، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم العزة والكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله .

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم ، فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقى وأخطأهم التقدم ، ورجعوا القهقرى إلى الظلمات التى كانوا يعمهون فيها من قبل فعادوا مستضعفين مستعبدين ، لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم .

وقد خيل للمسلمين وهم فى غمرتهم هذه أن تَقَدُّم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدهم إلا ضلالا على ضلالهم ، وخبالاً على خبالهم ، وضعفاً على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزاباً وشيعاً ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى .

ولو أراد الله بالمسلمين خيراً لعلموا أن الشريعة الإسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة فى طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع ، هى أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء ، لأنها فى كل الأحوال ترمى إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائماً للتقدم المستمر والتطور الصالح ، ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام .

وإن فى تاريخ المسلمين لآية ، وإنه لعبرة لمن كان له قلب ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هى التى خلقت المسلمين من العدم ، وجعلتهم أمة فوق الأمم ، ودفعتهم إلى الأمام ، وسلطتهم على دول العالم ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة

الإسلامية . فالمسلمون من صنع الشريعة؛ كيانهم تابع لكيانها ، ووجودهم مرتبط بوجودها ، وسلطانهم تابع لسلطانها .

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبه القارىء إلى أن القانون الوضعى حين تحول أخيراً عن أصله الأول فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ فى ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التى تجعل الأصل فى التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها ، وهكذا انتهى القانون الوضعى إلى ما بدأت به الشريعة وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرناً ، فإذا ماقال علماء القانون الوضعى : إنهم وصلوا لنظرية جديدة قلنا لهم : كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون فى أثرها .

١٩ — **المميزات الجوهرية التى تميز الشريعة عن القانون** : — ونستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التى تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ماتخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر فى الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين. وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات : أن الشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية : —

الميزة الأولى ـ الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال ؛ أى بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادىء ونظريات ، وأنها غنية بالمبادىء والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية ـ السمو : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، بالسمو ؛ أى بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ؛ وأن فيها من المبادىء والنظريات مايحفظ لها هذا المستوى السامى مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة ـ الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

بالدوام ؛ أى بالثبات والاستقرار ،فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهى مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها فى كل زمان ومكان .

هذه هى المميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ، وهى على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه ، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التى تتوفر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شىء منها فيما يصنعه المخلوق .

٢٠ ـ **الأدلة التى توفر هذه المميزات فى الشريعة** : وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالكمال والسمو والدوام فقد بقى علينا أن نقدم الدليل على توفر هذه المميزات ، وسيتبين للقارىء فيما يأتى أن هذه المميزات متوفرة فى كل مبدأ ، وفى كل نظرية ، وفى كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية وسنعرض على القارىء الآن طائفة من النظريات والمبادىء الشرعية التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا ، أو لم تعرفها بعدُ ، تتوفر فيها جميعا كل هذه المميزات ، وسيرى القارىء أن هذه المميزات كلها تتوفر فى كل المبادىء والنظريات التى سنتعرض لدراستها فى هذا الكتاب ، فالدليل إذن على توفر هذه المميزات هو الواقع الذى لا يكذب وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال .

٢١ ـ **نظرية المساواة** : جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة وتفرضها فرضا ، فالقرآن يقرر المساواة و يفرضها على الناس جميعاً فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾

[الحجرات : ١٣] والرسول صلى الله عليه وسلم يكرر هذا المعنى فى قوله: « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » ثم يؤكد هذا المعنى تأكيدا فى قوله: « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطاقه ، فلا قيود ولا استثناءات ، وأنها المساواة على الناس كافة أى على العالم كله ، فلا فضل لفرد على فرد ، ولا لجماعة على جماعة ، ولا لجنس على جنس ، ولا للون على لون ، ولا لسيد على مسود ، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن يذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى ولا تفاضل إذا استوت الأصول وإنما مساواة ، وهذا هو قول الرسول يذكر الناس أنهم جميعاً ينتمون لرجل واحد خلق من تراب فهم متساوون ويشبههم فى تساويهم بأسنان المشط الواحد ، ولم يعرف أن سنًّا من مشط فضلت سنة الأخرى .

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول وهو يعيش فى قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل فهم يتفاضلون بالمال والجاه ، والشرف واللون ، ويتفاخرون بالآباء والأمهات ، والقبائل والأجناس ، فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هى الدافعة لتقرير نظرية المساواة ، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقى والتقدم ، كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة تكميل الشريعة بما تقتضيه الشريعة الكاملة الدائمة من مبادىء ونظريات .

ولا جدال فى أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة ، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات ، والعلة فى وضع

نصوص الشريعة على هذا الشكل أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

وإذا كانت نظرية المساوة قد عرفت فى الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير المساواة بأحد عشر قرنا ، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة ، وإنما سارت فى أثر الشريعة واهتدت بهداها ، وسيرى القارئ فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقا محدودا بالنسبة للشريعة الإسلامية التى توسعت فى تطبيق النظرية إلى أقصى حد[1] .

٢٢ — نظرية مساواة المرأة بالرجل : هذه النظرية ليست إلا فرعا من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقا لها ، وقد فضلنا أن نجعل لها مكانا خاصا لأهميتها ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها فى تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات ، وأن الشارع لا يطبق المبادىء العامة تطبيقا آليا ، وإنما يطبقها ليحقق بها نفعاً أو يدفع بها ضرراً .

والقاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية : أن المرأة تساوى الرجل فى الحقوق والواجبات ، فلها مثل ما له وعليها مثل ما عليه ، وهى تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها ، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل ، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها ، وذلك قوله تعالى: ﴿ ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ﴾[البقرة : ٢٢٨] .

ولكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة

---

(١) يراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع بينما قصرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادىء ونظريات .

ميزت الرجل على المرأة بميزة واحدة ، فجعلت له على المرأة درجة فى قوله تعالى : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ [البقرة : ٢٢٨] وقد بين القرآن حدود هذه الميزة أو الدرجة التى اختص بها الرجل فى قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم ﴾ [النساء : ٣٤] فبين ذلك أن الدرجة هى درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة .

ولا شك أن الرجل وهو المكلف طبقاً للشريعة بالإنفاق على المرأة وتربية الأولاد والمسئول الأول عن الأسرة أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة ، لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضى أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها .

فالسلطة التى أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التى حملها ليتمكن من القيام بمسئولياته على خير وجه ، وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة هى القاعدة التى تقول : « السلطة بالمسئولية » تلك القاعدة التى جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم ، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتى قررها الرسول عليه السلام فى قوله: « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالإمام راع وهومسئول عن رعيته،والرجل راع فى أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها وهى مسئولة عن رعيتها » .

وإذا كان للرجال درجة على النساء فى شئونهما المشتركة فإن الرجل لا يتميز على المرأة فى شئونهما الخاصة ، وليس له عليها أى سلطان فهى تستطيع مثلا أن تتملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجا أو أبا أن يشرف عليها أو يتدخل فى أعمالها .

وقد سوت الشريعة الاسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها أى من ثلاثة عشر قرنا تقريبا فى وقت لم يكن فيه العالم مهيئا للتسوية بين الرجل والمرأة فى الحقوق والواجبات ، فلم تكن حاجة الجماعة هى التى دفعت

الشريعة لتقرير المساواة وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادىء التى يجب أن تكون فى شريعة كاملة دائمة .

ونستطيع أن ندرك مدى السمو الذى وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة إذا علمنا أن القوانين الوضعية لم تسمح بالتسوية بينهما إلا فى القرن التاسع عشر ، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف فى شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

ويمكننا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها ، وأنها لا تضيق بحالة ما ، ولا تعجز عن الاحاطة بكل ما يتصور من المسائل ، فإذا أضيف هذا إلى ما فى النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل لأنها ليست فى حاجة إلى تعديل أو تبديل .

٢٣ — نظرية الحرية : من المبادىء الأساسية التى جاءت بها الشريعة الاسلامية مبدأ الحرية ، فقد أعلنت الشريعة الحرية وقررتها فى أروع مظاهرها فقررت حرية التفكير ، وحرية الاعتقاد ، وحرية القول ، وسنتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتى : —

٢٤ — حرية التفكير : جاء الشريعة الاسلامية معلنة حرية التفكير محررة للعقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات ، داعية إلى نبذ كل مالا يقبله العقل . فهى تحث على التفكير فى كل شىء وعرضه على العقل فإن آمن به العقل كان محل إيمان ، وإن كفر به كان محل كفران . فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشىء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله ، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله .

ولقد قامت الدعوة الاسلامية نفسها على أساس العقل فها هو القرآن يعتمد فى إثبات وجود الله ، ويعتمد فى إقناع الناس بالاسلام ، ويعتمد فى حملهم على الايمان بالله ورسوله وكتابه، يعتمد القرآن فى ذلك كله اعتماداً أساسياً على استثارة

تفكير الناس وإيقاظ عقولهم ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير فى خلق السموات والأرض وفى خلق أنفسهم وفى غير ذلك من المخلوقات ، ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق ، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل .

ونصوص القرآن التى تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة منها قوله تعالى : ﴿ إن فى خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التى تجرى فى البحر بما ينفع الناس ، وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها و بث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون ﴾ [البقرة : ١٦٤] وقوله: ﴿ قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا ﴾ [سبأ : ٤٦] وقوله : ﴿ أو لم يتفكروا فى أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى ﴾ [الروم ٨] وقوله : ﴿ قل انظروا ماذا فى السموات والأرض ﴾ [يونس ١٠١٠] وقوله ﴿ فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ [الطارق : ٦] وقوله . ﴿ أفلا ينظرون إلى الابل كيف خلقت : وإلى السماء كيف رفعت ، وإلى الجبال كيف نصبت ، وإلى الأرض كيف سطحت ﴾ [الغاشية : ١٧] وقوله ﴿ إن فى ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد ﴾ [سورة ق : ٣٧] وقوله: ﴿ وما يذَّكَّر إلا أولوا الألباب ﴾ [آل عمران:٧]

ويعيب القرآن على الناس أن يلغوا عقولهم ، و يعطلوا تفكيرهم ، و يقلدوا غيرهم ،ويؤمنوا بالخرافات والأوهام ، و يتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون ، وينعى عليهم ذلك كله ، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام بل أضل سبيلا من الأنعام لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون ، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التى ميز الله بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألغى

عقله أو عطل فكره تساوى بالأنعام بل كان أضل منها .

ونصوص القرآن صريحة فى تقرير هذه المعانى ، واقرأ إن شئت قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا : بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون * ومثل الذين كفروا كمثل الذى ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بكم عمى فهم لا يعقلون ﴾ [البقرة : ١٧٠، ١٧١] وقوله: ﴿ أفلم يسيروا فى الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور ﴾ [الحج : ٤٦] وقوله: ﴿ ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون ﴾ [الأعراف : ١٧٩] .

وللإنسان أن يفكر فيما شاء كما يشاء وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير ولو فكر فى إتيان أعمال تحرمها الشريعة ، والعلة فى ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه ولا تؤاخذه على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرم وإنما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محرم ، وذلك معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تكلم » .

٢٥ — **حرية الاعتقاد:** والشريعة الإسلامية هى أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود ، فلكل إنسان طبقا للشريعة الإسلامية أن يعتنق من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمنعه من إظهار عقيدته .

وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة فلم تكتف بإعلان هذه الحرية وإنما اتخذت لحمايتها طريقين :ـ

أولاهما : إلزام الناس أن يحترموا حق الغير فى اعتقاد ما يشاء وفى تركه يعمل طبقاً لعقيدته ، فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى

ومن كان يعارض آخر فى اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ، و يبين له وجه الخطأ فيما يعتقد ، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج ، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ، ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راض ويكفى صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فبين الخطأ ، وأرشد إلى الحق ، ولم يقصر فى إرشاد خصمه وهدايته إلى الصراط المستقيم . واقرأ إن شئت هذه المعانى صريحة واضحة فى قول الله تعالى لرسوله : ﴿لا إكراه فى الدين﴾ [البقرة : ٢٥٦] وقوله : ﴿ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين﴾ [يونس : ٩٩] وقوله : ﴿فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر﴾ [الغاشية : ٨] وقوله: ﴿وما على الرسول إلا البلاغ المبين﴾ [سورة النور : ٥٤] .

ثانيهما : ـ إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وأن لا يقف موقفا سلبيا ، فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التى لا تحترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة ، و يمكن فيه من إعلان ما يعتقد ، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه قبل أن يظلمه غيره ، وارتكب إثماً عظيما ، وحقت عليه كلمة العذاب ، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها . وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك فى قوله تعالى : ﴿إن الذين توفّاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين فى الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا﴾ [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين ، وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين فى بلاد الإسلام ، ففى أى بلد إسلامى يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه

ومذهبه وعقيدته ، وأن يباشر طقوسه الدينية ، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراسته دون حرج عليه ، فلليهود فى البلاد الإسلامية عقائدهم ومعابدهم وهم يتعبدون علنا و بطريقة رسمية ، ولهم مدارسهم التى يعلمون فيها الدين الموسوى ، ولهم أن يكتبوا ما يشاءون عن عقيدتهم وأن يقارنوا بينها و بين غيرها من العقائد ويفضلوها عليها فى حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة — وكذلك حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها ، فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم ، وهم يباشرون عباداتهم علنا ، ويعلمون عقائدهم فى مدارسهم و يكتبون عنها و ينشرون ما يكتبون فى البلاد الإسلامية .

٢٦ — حرية القول : أباحت الشريعة حرية القول وجعلتها حقا لكل إنسان ، بل جعلت القول واجبا على الإنسان فى كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفى كل ما تعتبره الشريعة منكراً ؛ وذلك قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١٠٤] . وقوله: ﴿ الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » وقوله :« أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر » وقوله : «الدين النصيحة ، قالوا لمن يارسول الله ؟ قال: لله ورسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » وقوله : « سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » .

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق و يدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته فإن حرية القول ليست مطلقة ، بل هى مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجاً عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفا لنصوص الشريعة .

وقد قررت الشريعة حرية القول من يوم نزولها وقيدت فى الوقت نفسه

هذه الحرية بالقيود التى تمنع من العدوان و إساءة الاستعمال ، وكان أول من قيدت حريته فى القول محمد صلى الله عليه وسلم وهو رسول الله الذى جاء معلناً للحرية مبشراً بها وداعياً إليها ، ليكون قوله وعمله مثلا يحتذى ، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود إذا كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله : ﴿ وإنك لعلى خلق عظيم ﴾ [سورة القلم : ٤]

ولقد أمر الله رسوله أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعاً إلى الإيمان بالله و بالرسالة ، وأن يحاجّ الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم ، ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها فرسم له طريق الدعوة ، وبين له منهاج القول والحجاج ، وأوجب عليه أن يعتمد فى دعوته على الحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتى هى أحسن ، وأن يعرض عن الجاهلين وأن لا يجهر بالسوء من القول ، وأن لا يسب الذين يدعون من دون الله ، فرسم الله لرسوله حدود حرية القول ، وبيّن لنا أن الحرية ليست مطلقة و إنما هى حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال .

وحرية القول فى الحدود التى وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم بالنفع والتقدم ، وتؤدى إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات ، وتجمع كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره ، وتجعلهم فى حالة تعاون دائم ، وتقضى على النعرات الشخصية والطائفية ، وهذا كله ينقص العالم اليوم ، أو يبحث عنه العالم فلا يهتدى إليه .

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول دون قيد إلا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أى اهتمام ، وتطبيق رأيهم يؤدى دائماً إلى التباغض والتنابذ والتحزب ثم القلاقل والثورات وعدم الاستقرار . وقسم يرى تقييد حرية الرأى فى كل ما يخالف رأى الحاكمين ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأى هؤلاء يؤدى إلى كبت الآراء الحرة و إبعاد

العناصر الصالحة عن الحكم ، و يؤدى فى النهاية إلى الاستبداد ثم القلاقل والثورات .

و نظرية الشريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ، ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد وهى لا تسلم بالحرية على إطلاقها ، ولا بالتقييد على إطلاقه ؛ فالقاعدة الأساسية فى الشريعة هى حرية القول ، والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق أو الآداب أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام ، ولكن هذه الحماية لا تتيسر إلا بتقييد حرية القول ، فإذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أى حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقاً .

و يمكننا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول مايشاء دون عدوان فلا يكون شتاماً ولا عياباً ولا قاذفاً ولا كاذباً ، وأن يدعو إلى رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتى هى أحسن ، وأن لا يجهر بالسوء من القول ، ولا يبدأ به ، وأن يعرض عن الجاهلين . ولا جدال فى أن من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسمعوا قوله و يقدروا رأيه فضلا عن بقاء علاقاته بغيره سليمة ثم بقاء الجماعة يداً واحدة تعمل للمصلحة العامة .

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول فى الشريعة وهى قوله تعالى : ﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ﴾ [سورة النحل : ١٢٥] وقوله : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ [الأعراف : ١٩٩] وقوله : ﴿ و إذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً ﴾ [الفرقان : ٦٣] وقوله : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ [الأنعام : ١٠٨] وقوله : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ [النساء : ١٤٨] وقوله ﴿ ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم ﴾ [العنكبوت : ٤٦] .

* * *

هذه هى نظرية الحرية بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية فى وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقولهم ، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم ، وكان من الطبيعى فى نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته ، ولم يكن لأحد حرية القول أو التفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء . وقد لقى المسلمون الأول عنتا شديدا فى نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية ، فعذبوا لتغيير عقيدتهم ، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل ، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم فلا يحاولون القول إلا منعوهم منه ، ولا التعبد إلا آذوهم به .

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجارى تطور الجماعة أو تلبى رغباتها ، لأن العالم كله فى ذلك الوقت لم يكن مهيأ لنظرية الحرية ، وإنما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة ، وتدفعهم نحو التقدم والرقى ، وتسمو بهم عن الموطن الذى نزلت بهم فيه همجيتهم ، وأرضاهم به جهلهم = كذلك كان تقرير النظرية لازماً لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة .

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية والمبينة لحدودها نصوصاً عامة مرنة بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل . وهذا يتفق مع الأساس الذى قامت عليه الشريعة وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل ، ولا شك أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأى حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرناً على الأقل ؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقسى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح ولمن ينتقد عقيدة تخالف العقيدة التى يعتنقها أولو الأمر هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ ، فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت

الأكذوبة الكبرى التى تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الإسلامية ، وقد يعذر الأوربيون فى هذا الجهل أما نحن فلن نجد لأنفسنا عذراً .

٢٧ - نظرية الشورى : جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى فى قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] وفى قوله : ﴿ وشاورهم فى الأمر ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب فى أدنى دركات الجهل وفى غاية التأخر والانحطاط ، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شىء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والتعديل ، ولأن تقرير النظرية يؤدى بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير فى المسائل العامة والاهتمام بها ، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية ، والاشتراك فى الحكم بطريق غير مباشر ، والسيطرة على الحكام ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكميل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها.

وظاهر من صيغة النصين المقررين لمبدأ الشورى أنهما عامان مرنان إلى آخر حدود العموم والمرونة ، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما فى المستقبل ، وفى هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبديل والتعديل .

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كمبدأ عام وتركت لأولياء الأمور فى الجماعة أن يضعوا معظم القواعد اللازمة لتنفيذه ، لأن هذه القواعد تختلف تبعاً لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات ، فلأولياء الأمور مثلا أن يعرفوا رأى الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر ، أو عن طريق ممثلى الطوائف ، أو بأخذ رأى الأفراد الذين تتوفر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر وإما بطريق التصويت غير المباشر ، ولأولياء الأمور أن يسلكوا أى سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره فى تعرف رأى الجماعة بشرط أن لا يكون فى ذلك كله ضرر ولا ضرار بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام .

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهى قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها لأولياء الأمور، وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل .

ومن هذه القواعد الأساسية التى توجب الشريعة اتباعها فى تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص باعتباره الرأى الواجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأياً اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك فى رأى وضع موضع التنفيذ ، وتلك هى سنة الرسول التى سنها للناس والتى يجب على الناس اتباعها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها فى حياته ، واتبعها أصحابه بعد وفاته . عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريباً من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه ، واستشارهم أيخرج إليهم أم يمكث فى المدينة ؟ وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأزقة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأى عبد الله بن أبىّ وبعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه فى ذلك . فكان الرسول أول من وضع رأى الأكثرية موضع التنفيذ، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته ، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأى الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذى أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأى الأحق بالاتباع .

وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته فى حروب الردة فقد كان رأى

الغالبية أول الأمر متجهاً إلى عدم محاربة المرتدين ومسالمتهم ، وكان رأى الأقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجهاً إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم ، وانتهت المناقشة بجنوح الكثيرين إلى رأى أبى بكر بعد اقتناعهم به ، فلما وضع هذا الرأى موضع التنفيذ كان المخالفون فى الرأى هم أول المتقدمين له والمضحين فى سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم .

وهذه السنة المباركة التى تكمل مبدأ الشورى العام تعتبر فى وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل الديموقراطية . فمن المعلوم أن البلاد الديموقراطية فشلت فشلا ذريعاً فى تطبيق مبدأ الشورى ، والسبب الأساسى فى هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأى الذى أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك فى قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه . بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذى يتولى الحكم فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام ، بل تكون دائماً محل تشكيك وسخرية ، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية من تنفيذ القوانين التى تسنها الغالبية ، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذى تقابل آراؤه وأعماله بمثل ماقوبل به فريق الأكثرية السابق ، وهكذا لايتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلا من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أونقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التى سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل إنه ليتناقض مع الأساس الذى تقوم عليه الشورى ؛ فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى كان رأيها قانوناً أوحكماً تجب له الطاعة والاحترام .

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية ، فظهر أولو الأمر فى البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذى لا يحسن التصرف ، وفقد الأفراد ثقتهم فى الزعماء والجماعات والأحزاب ، وأصبحوا يتشككون فى قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره ، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم فى يوم ما أنهم ارتأوا رأياً فكان موضع التقدير ، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية ، أو همّوا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك .

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية فى تطبيق مبدأ الشورى يرجع فى الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب ، إلا أن تفشى هذا الفشل فى كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدأ إلى المبدأ ذاته ، واعتنق الكثير من البلاد الديموقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجاً لحالة الشك وعدم الثقة التى تعيش فيها الشعوب .

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديموقراطية ، لأنها تؤدى إلى كمّ الأفواه وتعطيل حرية الرأى وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يعود عليها إلا بالضرر . وإذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالباً بالنجاح إذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته ، وإنما يرجع كما أثبتت التجارب إلى ثقة المحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة ، فإذا ما تغير الحكام الموثوق بهم ، أو فشلوا فى القيام بمهمتهم ، انعدمت الثقة بين الحكام والمحكومين ، وابتدأ الفساد يدب فى النظام الديكتاتورى وكان ذلك إيذاناً بتغيير نظام الحكم ، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة المحكومين .

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامى لا يعتبر فقط علاجاً ناجعاً

لفشل الديموقراطية ، ولكنه أيضاً صمام الأمن الذى يحمى الأمم من الديكتاتورية ، لأن هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية ، ويحقق صلاحيته العملية ، ويجيش كل القوى لخدمة الجماعة ، ويدعو إلى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادىء الهدامة والديكتاتورية .

ونستطيع أيضاً أن نقول: إن النظام الديمقراطى يقوم فى الأصل على الشورى والتعاون ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط المحكومين على الحاكمين ، وانعدام التعاون بينهما ، وإن النظام الديكتاتورى يقوم فى الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والمحكومين ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما . أما النظام الإسلامى فيقوم على الشورى والتعاون فى مرحلة الاستشارة ، وعلى السمع والطاعة والثقة فى مرحلة التنفيذ ، ولا تسمح قواعده بتسليط فريق على فريق ، وبهذا جمع النظام الإسلامى بين ما ينسب إلى الديمقراطية من فضائل ، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ، ثم هو فى الوقت نفسه برىء من العيوب التى تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرنا، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدأ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية اللهم فيما عدا القانون الإنجليزى فقد عرف مبدأ الشورى فى القرن السابع عشر ، وقانون الولايات المتحدة الذى أقر المبدأ بعد منتصف القرن الثامن عشر ، أما القانون الفرنسى فقد أخذ بمبدأ الشورى فى آخر القرن الثامن عشر ، وعلى أثر ذلك انتشر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين فى القرن التاسع عشر ، فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد ، وإنما انتهت إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية ، وسارت فى الطريق الذى سلكته الشريعة من القرن السابع الميلادى .

٢٨ — **نظرية تقييد سلطة الحاكم** : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها

بنظرية تقييد سلطة الحاكم ، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكام ، وحرمتهم حرية التصرف ، وألزمتهم أن يحكموا فى حدود معينة ، ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم .

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادىء أساسية : أولها ـ وضع حدود لسلطة الحاكم ـ ثانيها ـ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ـ ثالثها ـ تخويل الأمة حق عزل الحاكم.

المبدأ الأول ـ وضع حدود لسلطة الحاكم : ـ كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة سلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها وكانت علاقة الحاكمين بالمحكومين قائمة على القوة البحت ، ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء ، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن . وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لأنه أقوى منهم ، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يغريهم بماله وجاهه فهم من الطائعين السامعين ، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم فى رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه.

ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أى حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتى ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب .

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والمحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف المحكومين ، وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذى يرعى مصلحتها ويحفظها ، وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها ، فإن خرج عليها كان عمله باطلا وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولى غيره لرعاية شئونها .

وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بياناشافيا وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقا ؛ فمهمة الحاكم فى الشريعة أن يخلف رسول الله فى حراسة الدين وسياسة الدنيا[١] ويسمى الحاكم فى اصطلاح الفقهاء الإمام .

والإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا ينعقد إلا بالرضى والاختيار[٢] وبموجب هذا العقد يلزم الإمام أى الحاكم أن يشرف على الشئون العامة للأمة فى الداخل والخارج[٣] بما يحقق مصلحتها ، بشرط أن يكون ذلك كله فى حدود ما أنزل الله على رسوله ، وفى مقابل التزام الإمام للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان ممثليها الذين اختاروه إماما أن تسمع له وتطيع أمره ما لم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله[٤] ، فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أو عجزه .

فسلطة الإمام أى الحاكم فى الشريعة ليست مطلقة ، وليس له أن يفعل ما يشاء ويدع ما يشاء، وإنما هو فرد من الأمة اختير لقيادتها وعليه للأمة التزامات وله على الأمة حقوق ، وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدى به التزاماته ويستوفى به حقوقه ، وهو فى أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقا لقوله تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ [المائدة : ٤٩] وقوله : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ [الجاثية : ١٨] وقوله : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وإذا كان الإمام أى الحاكم مقيداً بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقا لنصوصها فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد امتد سلطانه إليه ، وما حرمته عليه فلا سلطان له عليه . والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ، ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد .

---

(١) الأحكام السلطانية ص٣ (٢) الأحكام السلطانية ص٦ (٣) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وحفظ الثغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة فى جبايتها وإنفاقها والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام . (٤) نفس المرجع من ١٢ ــ ١٧

المبدأ الثانى ـ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : ـ و بعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أى الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولا عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله . ولم تكن الشريعة فى تقرير مسئولية الحكام عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء،فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأى فرد عادى فلم تميزه على غيره بأى ميزة ، فكان من الطبيعى تحقيقا للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يُسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة[1] .

المبدأ الثالث ـ تخويل الأمة حق عزل الحكام : ـ بينا فيما سبق أن الإمامة تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أى الحاكم ويلتزم له بالطاعة فى مقابل التزام الحاكم بالإشراف على شئون الأمة وقيادتها فى الطريق التى رسمتها الشريعة وينبنى على هذا المنطق أن الحاكم الذى يقوم بمهمته فى الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذى لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن ينتظر من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمن هو أقدر منه على الحكم فى حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنح مختاراً نحّاه الشعب مكرها واختار غيره .

وهذا الذى يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح ، جاء به القرآن وأمر به الرسول،وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده، فالله جل شأنه يأمر بطاعة أولى الأمر فى حدود ما جاء به الرسول فيقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله

(١) سنفصل الكلام على مسئولية الحكام عندما نبحث فى سريان الشريعة على الأشخاص وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر مميزات الشريعة وسبقها فى تقدير النظريات الحديثة فى القوانين .

وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ [النساء : ٥٩] والرسول عليه السلام يقول : «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق» ويقول : « إنما الطاعة فى المعروف» ويقول فى ولاة الأمور : «من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة».

وبعد موت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم فكانت أول خطبة يقولها تطبيقا دقيقا لهذه النصوص حيث قال : « أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم إن أحسنت فأعينونى وإن أسأت فقومونى ـ أطيعونى ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم » .

وولى عمر أمر المسلمين بعد أبى بكر فكان حريصاً على إظهار معانى هذه النصوص وتثبيتها فى الأذهان ، خطب يوما فقال : «لوددت أنى وإياكم فى سفينة فى لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه » فقال طلحة : « وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه » قال : « لا ، القتل أنكل لمن بعده » .

هذه هى نظرية الشريعة جاءت بها فى وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة ، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتى بما يلائم الجماعة ويصلح حالها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقى من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه .

وهذه هى النصوص التى تقوم عليها النظرية جاءت عامة إلى آخر حدود العموم ، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق فى كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات .

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية فى تقييد سلطة

الحكام ، وتعيين الأساس الذى تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وفى تقرير سلطان الأمة على الحكام ، وأول قانون وضعى اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزى ، وكان ذلك فى القرن السابع عشر أى بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرنا ، ثم جاءت الثورة الفرنسية فى نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ فى القوانين الوضعية .

وتسير القوانين الوضعية فى تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية ، فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الوضعى الذى يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام ومدى سلطان كل ، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين الحاكمين والمحكومين نصوص الشريعة وهى الدستور الإسلامى .

٢٩ - نظرية الطلاق : - أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل ، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضررا حدث للرجل من الزواج فالأمر فى تطليق المرأة متروك للرجل .

وأباحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها ضرراً مادياً أو أدبياً ، أو لا يؤدى لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة .

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة فى استعمال حق الطلاق أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية[1] وهو الذى يتحمل وحده أعباءها ، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد ولو لم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه ، فأعطى له حق الطلاق مطلقا من كل قيد فى مقابل هذه المسئوليات الجسيمة ، وفى هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدى إلى تلويث سمعة المرأة

---

(١) راجع الفقرة ٢٢

وحرمانها من الزواج بعد ذلك — أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا لحصول ضرر مادى أو أدبى ، وفى هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة فى شئون الزوجية ، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج ، وما يحمى الزوج فى الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها فى طلب الطلاق .

وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل الطلاق مطلقا من كل قيد فإنها قد فرضت عليه فى مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها .

والطلاق إما أن يكون قبل الدخول وقبل فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون قبل الدخول وبعد فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون بعد الدخول ، وفى كل حالة من هذه الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات لا مفر منها عليه أن يؤديها للمرأة ، وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة كما أنها من ناحية أخرى تحمل الرجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق .

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهرا فعليه أن يمتعها أى يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف أى بما تعارف أمثال الزوج ومن هم فى طبقته على أدائه للمرأة فى مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر : وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ﴾ [البقرة : ٢٣٧]

الطلاق بعد الدخول : أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها

بكل المهر ولو كان أكثره غير حال ، وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج أو ما ملكها إياه فى حال الزوجية سواء كان ملزما به أم متفضلا به عليها وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبينا ﴾ [النساء : ٢٠] .

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفى عدتها وتصبح بذلك أهلا للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملا أو غير حامل ، فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها طبقا لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملا فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقا لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [البقرة :٢٢٨] والقرء هو الحيض على رأى والطهر من الحيض على رأى آخر .

وأول ما يلاحظ على النصوص التى جاءت فى الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن فى حاجة إلى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرناً وهى لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرناً وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة . فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق ، ولم يعترف به إلا فى القرن العشرين ، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت مقررة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقى وتقدمت الأمم وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذى يحقق سعادة الزوجين

إذا فشل الزواج فى تحقيقها ، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان .

ولا يكاد اليوم يخلو قانون وضعى من قوانين الأمم المتحضرة من النص على الطلاق والاعتراف به ، ولكن هذه القوانين تختلف فى مدى الأخذ بمبدأ الطلاق فالبعض يتوسع فى تطبيق المبدأ ، والبعض يضيق من الدائرة التى يطبق فيها فالقانون الروسى يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط فهو يأخذ بالمبدأ الذى وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معاً ، وقوانين بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية تبيح للرجل وللمرأة معاً حق طلب الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضارّه ضرراً مادياً أو أدبيا ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدأ الذى قررته الشريعة حقاً للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معا . وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناءعلى طلب أحد الزوجين فى حدود ضيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقاً للمرأة ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها .

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرنا يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية فى الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضى القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية فى إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها .

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيَّأً لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية فى الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقى والكمال .

٣٠ — ***نظرية تحريم الخمر*** : حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً مطلقاً وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أى العقوبات) المقدرة التى لا يجوز لولىّ الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التى وضعت لها ، ولا يجوز للقاضى أن

يخفضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها .

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجياً ، لأن شرب الخمر كان متفشياً فى العرب ، وكانت الخمر إحدى متعهم وسبيل لهوهم ، فاقتضت حكمة التشريع التدرج فى التحريم ، وكان أول نص من نصوص التحريم قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاةَ وأنتم سكارَى حتى تعلمُوا ما تقولون ﴾ [النساء : ٤٣] فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى ، ولما كانت الصلاة فريضة لابد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى ولعل هذا كان داعياً لهم أن يتساءلوا = عن حكم الخمر فى = ذاتها ، وقد جاء النص الثانى من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل و يبين علة التحريم وذلك قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسرِ قل فيهماَ إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النفوس مهيأة لترك الخمر نزل النص القاطع فى التحريم وهو قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصابُ والأزلامُ رجس من عملِ الشيطان فاجتنبوهُ لعلكم تفلحُونَ إنما يريد الشيطان أنْ يوقعَ بينكم العداوةُ والبغضاء فى الخمرِ والميسرِ ويصدكم عن ذكر اللهِ وعنِ الصلاةِ فهل أنتُمْ منتهونَ ﴾ [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مَرِنَةٌ إلى آخر حدود العموم والمرونة وهذه الميزة التى تتميز بها نصوص الشريعة هى التى جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة ، وحفظت لها هذه الصلاحية فى عصرنا الحاضر أى بعد مضى ثلاثة عشر قرنا على تاريخ نزولها ، وهذه الميزة هى التى ستحفظ لها هذه الصلاحية فى مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال . فإذا ماقلنا إن الشريعة لاتقبل التعديل والتبديل فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجاراة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها ، فقد

كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان ، ولم تكن النفوس مهيّأة لها ، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضرورى لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة ، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال ، وإذا كان العالم غير الإسلامى قد أصبح الآن يفكر فى تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيأة لقبول التحريم فمعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا .

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع ، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية ، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادى أخيراً أن الخمر مفسدة عظمى ، وأنها تهدم الصحة وتضيع المال وتضعف النسل والعقل وتضر بالإنتاج ضرراً بليغاً ، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد ، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف ، وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحا ملحوظا فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن أن يقال : إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة .

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهراً فى التشريعات التى صدرت فى القرن الحالى ، فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما ، والهند أصدرت من عامين قانوناً مماثلا وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريما تاما . أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها فى المحلات العامة فى أوقات معينة من النهار ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنا معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهيَّأً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً ، وأن الدعوة إلى التحريم

تأخذ طريقها ويشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد . وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعا لم يعد بعيداً ، وأن العالم قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يجيب .

٣١ - نظرية تعدد الزوجات : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن ، فإن كان يعلم أنه لايستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن فلا يجوز له أن يتزوج غير امرأة واحدة ، وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم مِنَ النساءِ مَثْنىٰ وثلاثَ ورُباعَ فإنْ خِفْتُمْ ألاَّ تعدِلوا فواحِدَةً ﴾ [النساء : ٣]

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص، وسايرت الطبيعة البشرية ، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات .

فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحريما كليا وتعاقب عليه أشد العقاب حتى إنها لتعاقب الزانى المحصن بالرجم (أى القتل رميا بالحجارة) فوجب أن لاتحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر ، ولاشك أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا ، ذلك أن عدد النساء فى العالم يزيد على عدد الرجال ، ويزداد الفرق بينهما كلما نشبت الحروب وتعددت ،فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدى إلى بقاء عدد كبير من النساء دون زواج وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة طبيعتها ، وهو جهاد ينتهى غالباً بالفشل والاستسلام وإباحة الأعراض والرضا بالسفاح ، وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ، فالمرأة ليست مستعدة فى كل وقت لغشيان الرجل إياها لأنها تحيض كل شهر أسبوعا فى المتوسط ، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين ، وغشيانها محرم فى

المحيض . ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهى أربعون يوما تقريبا . كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل ، أما الرجل فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة ، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا ، لأنهم لا يستطيعون أن يكبتوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإثقال بالحمل .

وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر فى إباحة تعدد الزوجات فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتمنين الرجل فلا يحصلن عليه ، ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن ، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفة ، ولم تفرض الشريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية فى فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التى يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل فى الغالب يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه فى ذلك شأن المرأة ، وإن كانت طبيعة المرأة تساعدها على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل

وأما أن حكم الشريعة فى إباحة التعدد جاء متفقاً مع الغرض من الزواج فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت فى الرجل والمرأة لحفظ النوع ، وأن الزواج شرع للتناسل وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذى خلقت له ، وتعطل الغرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين

أو السبعين فى المتوسط وهو فى الغالب أقصى عمره ، أما المرأة فتنعدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين ، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالى نصف المدة التى يستطيع فيها أن يؤدى هذه الوظيفة .

هذه هى نظرية الشريعة فى إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ولرفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذى قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم ، مَرِنٌ إلى آخر حد من المرونة وهذا ما جعله محتفظا بصلاحيته التى كانت له من ثلاثة عشر قرناً ، وما سيجعله محتفظا بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله .

ولم تأت الشريعة بهذا النص لتساير به حال الجماعة ، فقد كان العرب يجيزون تعدد الزوجات إلى غير حد . ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات ، وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطليق الباقيات ، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة ، ولأن وجوده ضرورى فى شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل .

ونظرية الشريعة فى تعدد الزوجات من النظريات التى لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن ، بل كانت هذه النظرية قديما مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها فى طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجد لها فى نفوس علمائهم ومصلحيهم مكاناً وفى صحفهم السيارة موضعا ، ومن يدرى ؟ لعل اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التى وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التى وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل فى كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة .

والحق أن الحروب لم تكن هى الدافع الوحيد الذى حمل الأوربيين على التفكير

فى إباحة تعدد الزوجات ، و إنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة منها انتشار المخالة بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته فى رجولته وعطفه وماله ، بل قد يكون لإحداهن فى هذه أكثر من نصيب زوجته ، ومنها شيوع الزنا وما يترتب عليه من جنايات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار ، وقتل الأجنة فى بطون أمهاتها ، ومنها الزيادة الطبيعية فى عدد النساء وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات ، ومنها قلة النسل قلة ظاهرة فى الشعوب الأوربية ، فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا فى إباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعى لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة

٣٢ - نظريات فى الإثبات والتعاقد : وهذه مجموعة من النظريات التى جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد ، لأن القرآن جاء بها جميعاً فى آية واحدة هى آية الدين ، ولأن بعضها يتصل بالبعض الآخر اتصالا وثيقاً ، ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذى يبرز فيها مميزات الشريعة .

وآية الدين التى نعنيها هى قول الله جل شأنه ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوهُ ، ولْيكتبْ بينكم كاتبٌ بالعدلِ ، ولا يأْبَ كاتبٌ أن يكتُبَ كما علَّمهُ اللهُ فليكتبْ ، ولْيُمْلِلِ الذى عليه الحقُّ ، ولْيَتَّقِ اللهَ ربه ولا يَبْخَسْ مِنْه شَيْئا ، فإن كان الذى عليه الحقُّ ، سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيعُ أنْ يُمِلَّ هُو فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بالعَدْلِ ، واستَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رجالِكم فإن لم يكونا رجلَيْنِ فرجُلٌ وامْرَأتانِ ممن ترضَوْنَ من الشهداءِ أن تضِلَّ إحداهما فتذكِّرَ إحداهما الأُخرى ولا يَأْبَ الشُّهداء إذا ما دُعُوا ولا تسأموا أنْ تكتبوهُ صغيراً أو كبيراً إلى أَجَلِهِ ذلِكم أقسطُ عِندَ اللهِ وَأَقْوَمُ للشَّهادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ ترتابوا إلاَّ أَنْ تكونَ تجارةً حاضرةً تُدِيرونها بينكم فليس عليكم جناح ألاَّ تكتبوها ، وأشهِدُوا إذا تبايعتم ، ولا يضارَّ كاتب ولا شهيدٌ ، وإن تفعلوا فإنه فسوقٌ بكم واتَّقُوا الله ويعلمُكم اللهُ واللهُ بكلِّ شئ عليم ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ونص الآية يشمل عدداً من المبادىء التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلي :

٣٣ ـ نظرية الإثبات بالكتابة : فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت،وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فاكتبوهُ ﴾ وقوله : ﴿ ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ﴾ ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيًّا كان نوعه ، لأن الالتزام ليس إلا دينا فى ذمة الملتزم للملتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك[1] .

أما التصرفات التى تتم فى الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشترى شيئاً من آخر ويتسامه ويسلمه الثمن فى الحال ، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات .

والظاهر من النص الذى فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التى هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل .

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون فى أعماق البادية وفى خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو أن الشريعة كانت كالقانون

---

(١) كذلك يمكن قياس أى التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض لأن كليهما شىء مقوم التزم به بعد مضى أجل معين .

تأتى على قدر حاجة الناس لما جاء بها شيء خاص بإثبات الإلتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السمو الذى تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتثقف عقولهم ، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا ـ وقد تعلموا ـ أهلا لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها ، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة ، أما الغرض القانونى فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك .

فالشريعة حين أوجبت الكتابة فى الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية ، وهذه النظرية التى نزل بها القرآن على الرسول فى القرن السابع الميلادى هى من أحدث النظريات فى القوانين الوضعية وفى المذاهب الاجتماعية الحديثة ، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليما إجباريا رجالا ونساء ، وهذا الذى تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية فى ناحيتها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسى الذى أخذت عنه القوانين الأوربية أن يكون الدين مكتوبا إذا زاد عن مقدار معين ، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقا لو اشترطت الكتابة فى الصغير والكبير وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشراح فى الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه . وإذن فأحدث نظريات الإثبات فى عصرنا الحاضر هى نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية ولا يزال الشراح فى بعض

الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٣٤ — نظرية إثبات الدين التجاري : اشترطت الشريعة ـ كما بينا ـ الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجارى(١) وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : ﴿ إلاَّ أن تكون تجارة حاضرة تُدِيرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ﴾ والعلة فى استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة أن الصفقات التجارية تقتضى السرعة ولا تحتمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدى إلى الحرج وقد يضيع فرصة الكسب على المشترى أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومَرِنٌ إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مَرِّ الأزمان تعديلا أو تبديلا ، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجاراة لحال الجماعة أو تمشياً مع ما وصلت إليه ، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على سمو الشريعة وكمالها من أن نظرياتها فى إثبات الدين التجارى

---

(١) استثنت الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى [وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته] .

هى نفس النظرية السائدة اليوم فى القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر .

٣٥ـ نظرية حوء الملتزم في إملاء العقد : جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ عام أوجبته فى كتابة العقود هو أن يملى العقد الشخص الذى عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوى ، فكثيراً ما يستغل القوى مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية ، فإن كان دائنا مثلا قسا على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق ، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطا لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما ، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الحالة التى عالجتها الشريعة من يوم نزولها هى من أهم المشاكل القانونية فى عصرنا الحاضر ، وقد برزت فى أوربا فى القرن الماضى على أثر نمو النهضة الصناعية وتعدد الشركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال ، وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطاً قاسية يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صاغر ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل أو حاجته للسلعة ، بينما العقد يعطى لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذى نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى « عقد الإذعان » .

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمى المستهلك من المنتج ، وبتعيين سعر السلعة ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحى المشكلة بين أصحاب العمل

والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التى يستحقها العامل إذا أصيب أوطرد من عمله ، لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل فى كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح هامة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل ، ويظاهرهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب ، فهذا الحق الذى يطالب به العمال فى كل أنحاء العالم والذى أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام فى دول كثيرة فى سبيل تحقيقه ، هذا الحق الذى حقق القانون الوضعى بعضه ولم يحقق بعضه الآخر والذى يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قررته الشريعة الإسلامية كاملا للضعفاء على الأقوياء والملتزمين على الملتزم لهم وجاء به القرآن فى آية الدين ﴿وَلْيُمْلِلِ الذى عليه الحقُّ وليتق اللهَ ربهُ ولا يبخس منه شيئاً ، فإن كان الذى عليه الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يُمِلَّ هو فليملل وَلِيُّهُ بالعدل﴾ .

والظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ .

وهذا هو الذى جعل الشريعة تمتاز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل .

ووجود هذا النص فى الشريعة دليل بذاته على سموّها وكمالها ورقيها وعدالتها فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً ، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع مايدعى لها من الرقى والسمو .

٣٦ - **نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات** : حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، أو يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نص على الحالة الأولى فى آية الدين فى قوله تعالى : ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دُعوا﴾ والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً مّا

أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما فى قوله تعالى : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ [البقرة : ٢٨٣] وفى قوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لِلّهِ ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فاللهُ أولَى بهما فلا تتبِعُوا الهوى أن تعدلوا وإن تلوُوا أو تعرضوا فإنّ اللهَ كان بمـا تعملون خبيراً ﴾ [النساء : ١٣٥] والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور .

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة فى تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة ، ولـكنها لم تصل بَعْدُ إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ، ولاشك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن المصلحة العامة تقضى بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس ، والامتناع عن تحمل الشهادة يقضى إلى تضييع الحقوق ، ويؤدى إلى تعقيد المعاملات وبطئها وهناك عقود لا بد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .

ومن ير النصوص التى جاءت فى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو فى تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة فى أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل .

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والـكمال ، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتـكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الـكاملة الدائمة ، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الـكامل .

٣٦ - أحكام أخرى فى آية الدين : هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هى آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت

تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بَعْدُ بالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هى كل أحكام آية الدين ، وإنما هى بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلا عالما بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يمتنع عن الكتابة وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان ، وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد ، وهذه كلها مبادىء عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعاً فى هذا الكتاب الذى خصصناه للمبادىء العامة الجنائية وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة فى كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوفر فى قسم دون آخر من الشريعة .

٣٨ - *تذكير* : وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون - خطأ - أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق فى عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذى يدّعونه ويحرصون على التمسك به ، وأن عليهم أن يذكروا قوله تعالى : ﴿ أفتؤمنونَ ببعض الكتابِ وتكفرونَ ببعض فما جزاء مَنْ يفعل ذلك منكم إلاّ خِزْىٌ فى الحياةِ الدنيا ويوم القيامة يُرَدُّونَ إلى أشَدِّ العذاب وما الله بغافل عما تعملون﴾[البقرة ٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلا ولا كاملا فى عهودنا المظلمة المتأخرة ، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هواهم فى كل ما يهتمون به ، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئا ، بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط ، وإنما علاجنا المجدى هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر ، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه ؛ فصدقهم الله وعده - إن وعد الله حق - وأخزاهم

فى الحياة الدنيا ، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن إيمانهم فأحزانا الله كما أخزاهم ، وسلط علينا كما سلط عليهم ، وجعلنا عبرة لأولى الألباب . ولن يغير الله مابنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله ، ذلك وعد الله ، والله يقول الحق وقد قال : ﴿ إن اللهَ لا يغيِّرُ مابقومٍ حتى يغيِّرُوا ما بِأَنفسِهِمْ ﴾ [الرعد : ٢٦]

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكّن الله لهم فى الأرض ، وإن الذى مكن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا فى الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا ، ذلك وعد الله لعباده فى قوله : ﴿وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فى الأرض كما استخلَفَ الذين من قبلهم ﴾ [النور : ٥٥] وذلك وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول جل شأنه : ﴿ قد جاءكم من الله نورٌ وكتابٌ مُبِينٌ يهدى به الله مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانه سُبُلَ السلامِ ويُخرجُهم من الظلمات إلى النورِ بإذنه ويهديهم إلى صراطٍ مستقيمٍ ﴾ [المائدة : ١٦]

* * *

منهج البحث

٣٩ ـ سنتناول فى هذا البحث القسم العام الجنائى فى الشريعة .

والكلام على هذا القسم يقتضى الكلام عن موضوعين، أولهما الجريمة ، وثانيهما العقوبة ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصا .

ولما كان الكلام على الجريمة يقتضى تناول الجريمة بصفة عامة ثم تناول أركانها ، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أولهما خاص بالجريمة بصفة عامة .

والثانى خاص بأركانها .

وكل قسم يشتمل على أبواب وفصول ومباحث بقدر ما يقتضيه الحال .

أما الكلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة ، والمبادىء التى يقوم عليها العقاب ، وأقسام العقوبات وأنواعها . وتعدد العقوبات ، وتنفيذها والقود ، وسقوط العقوبات .

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات باباً خاصاً .

الكتاب الأول

فى

الجريمة

القسم الأول

من

الكتاب الأول

---

٤٠ – سنتكلم فى هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة ، وثانيهما أنواع الجريمة ، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصاً .

الباب الأول

ماهية الجريمة

٤١ – **تعريف الجريمة** : تعرف الجرائم فى الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير [١] . والمحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية ، إشارة إلى أنه يجب فى الجريمة أن تحظرها الشريعة .

فالجريمة إذن هى إتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هى فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه .

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أوالترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة . ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية ، ومفردها جزاء ، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٢ .

وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة فى تعريف الجريمة ، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون ، و إما امتناع عن عمل يقضى به القانون ، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة فى نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائى[1] .

٤٢ - الجريمة والجناية : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، والجناية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره - أما فى الاصطلاح الفقهى فالجناية : اسم لفعل محرم شرعا ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك . لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض[2] بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص[3] .

و إذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون البعض الآخر ، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجناية فى الاصطلاح الفقهى مرادف للفظ الجريمة .

ويختلف معنى الجناية الاصطلاحى فى القانون المصرى عنه فى الشريعة ، ففى القانون المصرى يعتبر الفعل جناية إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، طبقاً للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصرى ، فإذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع ، أو غرامة تزيد على مائة قرش ، فالفعل جنحة ، فإن لم يزد الحبس على أسبوع ، أو الغرامة عن مائة قرش ، فالفعل مخالفة ، طبقا للمادتين ١١ ، ١٢ من قانون العقوبات المصرى .

---

(١) الأحكام العامة فى القانون الجنائى لعلى بك بدوى جزء أول ص ٣٩ - الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦ .

(٢) البحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٨٦ ، والزيلعى الجزء السادس ص ٩٧ .

(٣) تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢١٠ .

أما فى الشريعة فكل جريمة هى جناية ، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما ، وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعتبر جناية فى الشريعة ، والجنحة تعتبر جناية ، والجناية فى القانون تعتبر جناية فى الشريعة أيضاً .

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية فى الشريعة تعنى الجريمة أيا كانت درجة الفعل من الجسامة ، أما الجناية فى القانون فتعنى الجريمة الجسيمة دون غيرها .

٤٣ - **علة التحريم والعقاب** : والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن فى إتيانها أو فى تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، أو بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بمشاعرهم ، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التى تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها .

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها ، لأن النهى عن الفعل أو الأمر بإتيانه ، لا يكفى وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهى أموراً ضائعة وضربا من العبث، فالعقاب هو الذى يجعل للأمن والنهى معنى مفهوما ونتيجة مرجوّة ، وهو الذى يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد فى الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وإن شرعت للمصلحة العامة فإنها ليست فى ذاتها مصالح بل هى مفاسد ، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدى إلى مصلحة الجماعة الحقيقية ، وإلى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح ، بل لأدائها إلى المفاسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار فى نظر الشارع ، وقد نهى عنها لا لكونها مصالح ، بل لأنها تؤدى إلى إفساد الجماعة .

والأفعال التى هى مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جداً ، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد ، والإنسان بطبعه يؤثر مارجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه فى اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجا للطبيعة الإنسان ، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه ، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا ما فكر فى الواجب وما يجلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الترك من عقوبة ، حمله ذلك على إتيان الفعل ، والصبر على المكروه والمشقة . فالعقوبات مقررة لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة ، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدى إلى إفساد الجماعة . وهذا مصداق قوله عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات » .

ومن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهىّ عنه ، لا حذرا من العقوبة ، ولا خوفا من النكال ، ولكن حياء وخجلا أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقا لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

وخلاصة ما تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عليها ، لحفظ مصالح الجماعة ، ولصيانة النظام الذى تقوم عليه الجماعة ، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة ، والله الذى شرع هذه الأحكام وأمر بها ، لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا ، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده ، ولم يرسل الرسل إلا رحمة للعالمين ، لاستنقاذهم من الجهالة ،

وإرشادهم من الضلالة ، ولكفهم عن المعاصى ، وبعثهم على الطاعة .

٤٤ — **الشريعة والقانون** : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية فى أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة ، وصيانة نظامها ، وضمان بقائها .

ولكن الشريعة ـ بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر ـ تختلف عن القوانين الوضعية من وجهين :

٤٥ - **الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون** : تعتبر الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التى يقوم عليها المجتمع ، ولهذا فهى تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد فى هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التى تمس الأخلاق . أما القوانين الوضعية ، فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما ، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر ، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما ، لأن الزنا فى هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام . أما الشريعة فتعاقب على الزنا فى كل الأحوال والصور ،لأنها تعتبر الزنا جريمة تمس الأخلاق ، و إذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال . وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد فى الطريق العام فى حالة سكر بيّن ، فالعقاب على وجوده فى حالة سكر بيّن فى الطريق العام،لأن وجوده فى هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه ، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ، ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال مفسد للأخلاق . أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التى تتسع كما نعلم لشتى المناحى والاعتبارات فإذا

صينت الأخلاق فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء وحفظ الأمن والنظام .

والعلة فى اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه ، أن الشريعة تقوم على الدين ، وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق ، ويحث على الفضائل ، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيِّرة ، ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل ، ولا الزيادة والنقص ، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامى حريصة على حماية الأخلاق ، آخذة بالشدة من يحاول العبث بها .

والعلة فى استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق ، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين ، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد . والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون فى المجتمع بالاشتراك مع الحكام ، وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم ، وضعفهم البشرى ، ونزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود . كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة . فكان من الطبيعى أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئاً فشيئاً ، وأن يأتى وقت تصبح فيه الإباحية هى القاعدة والأخلاق الفاضلة هى الاستثناء ، ولعل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التى تكوّن الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها فى البلاد التى تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته فى هذه البلاد . أما البلاد التى تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ، وتتفشى الإباحية البهيمية ، وتنكمش الإنسانية ، وتقل الأفعال التى تعتبر جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم .

٤٦ – **الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون** : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ، لأنها تقوم على الدين ، والدين من عند الله ، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين . ومن يراجع الجرائم والعقوبات فى الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ماتشاء ، بل هى مقيدة فى اعتبار الفعل جريمة ، وفى تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها ، فليس لها أن تحرم ما أحل الله ، ولا أن تحل ماحرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائى فى الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر ما دام أنهم يعملون فى حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ – **ما يترتب على كون الشريعة من عند الله** : ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان هامتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم ، فيستوى أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوى أن يكون نظام الحكم جمهورياً أو ملكياً ، فإن ذلك لن يؤثر على القواعد الشرعية فى شىء ما ، لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم وإنما ترتبط بالدين الإسلامى الذى لا يتغير ولا يتبدل ، والذى يؤمن به كل حا[كم] ويستخدم له كل نظام . وليس الأمر كذلك فى القوانين الوضعية التى يضعها الحكام لحماية المبادىء التى يعتنقونها ، وخدمة الأنظمة التى يقيمونها ، فإن هذه

القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفى طبيعتها عدم الاستقرار ، ويكفى أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم ، لتتغير القوانين وتنقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوى فى هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله،وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقربهم من الله طبقاً لقواعد الدين الإسلامى ، ولأن العصيان يؤدى إلى العقوبة فى الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة فى الآخرة ؛ فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها، وكل شريعة فى العالم تقدر قيمتها بقدر مالها فى نفوس الأفرادمن طاعة واحترام، وليس فى العالم اليوم شريعة تدانى الشريعة الإسلامية فى هذا ، ولا شك أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا لشئون دنياهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها الله جل شأنه، أما القوانين الوضعية فهى كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهى حين تضعها تراعى مصلحتها دون غيرها من الفئات، وتحاول أن تحمى بالقوانين أشخاص رجالها ، والمبادىء التى يعتنقونها ، والأنظمة التى يقيمونها ، فإذا ما ذهبت هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتحمى الفئة الجديدة ،والمبادىء الجديدة،والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادىء والأنظمة التى يقوم عليها الحكم ، وهى لا تفتأ تتغير وتتبدل بين حين وآخر ، وهذا يؤدى إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سطوته من النفوس ، بل إلى عدم الاكتراث به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب الحاكمة تحرض أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحكامه لتصل [illegible] إلى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة أو الثورات الهدامة حرج فيما يدعون إليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم،وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ،أو أنظمة هى شرّ فى نظرهم،

ولعل فيما هو حادث اليوم فى البلاد الأوربية من تبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد ولو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية ، وأصبحت لا تساوى أكثر من الورق الذى كتبت عليه

ويجب أن لا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هى تقرير للواقع والمنطق ، فمن يؤمن بأن الدين الإسلامى من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، لأن الشريعة هى بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامى ، جمعت أحكامه من عبادات ، ومعاملات ، وأحوال شخصية وجنايات ، وغير ذلك . وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين ، وإنما وجدت الشريعة لخدمة بنى الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم ، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ، ولتيسير أمورهم . فنسبتها إلى الله لا تفيده جل شأنه شيئاً لأنه غنىٌّ عن خلقه ، وإنما تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار ، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة ، وتؤدى به إلى الحياة الطيبة القائمة على المحبة والإيثار ، والمساواة والعدالة .

٤٨ — *الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية* : لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم والعلة فى ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات فى الشريعة من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى . فالجرائم فى الشريعة إما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازير ، والخطأ الإدارى إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كوّن الخطأ الإدارى جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ، عوقب عليه بهذه العقوبة ، ومحاكمة الجانى جنائياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون

إلا عقوبات تعزيرية ، وهى عقوبات جنائية ، فكأن الجانى يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات فى الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجانى وزجره .

وإذا كان الجانى موظفاً فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة ، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب ، وأن سببهما زوال صلاحية الجانى لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها ، لأن الوظائف فى الأصل لا يتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس مجرما ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولى الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة .

وإذا لم تكن الجريمة التى ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل فى التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمته الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذى منحته لها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أى عقوبة جنائية، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين فالمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية ، أن الفعل يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التى يمكن أن توقع فى المحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التى يمكن أن توقع فى المحاكمة الجنائية ، أى أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة .

والأسباب التى منعت من وجود الجريمة التأديبية فى الشريعة الإسلامية ، تتوفر بصورة عكسية فى دائرة القوانين الوضعية ، إذ الأصل فى هذه القوانين

أن العقوبات الجنائية تخالف العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجانى على الفعل مرتين إذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى ، كما لا تحول براءته فى إحدى المحاكمتين من السير فى المحاكمة الثانية ، ويعللون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن نظرية الشريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشريعية الحديثة التى تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدى إلى اختصار الإجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول فى الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التى تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه .

٤٩ — **الجريمة المدنية** : عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التى نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسى .

والأصل فى الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة[1] ، وكل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه ، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه ، وإما تعويض مالى إذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه ، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة ، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة ، ولا يسمى بهذا الاسم ، وإنما هو فعل ضار ، وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله .

---

(١) أى غير مباحة .

وقد يكون الفعل جريمة يستحق الجانى عليها العقاب ، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارا فيضمنه الجانى للمجنىّ عليه ، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، وشرب خمر الذمىّ ، فإن الفاعل فى هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب ، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما(١)

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى هذه الناحية . فهى تجعل الإنسان مسئولا مدنيا عن كل فعل ضار بغيره ، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك . فإن كان الفعل جريمة ، وكان ضارا فى الوقت نفسه بالغير ، كان الفاعل مستحقا للعقوبة ، وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة .

ويصطلح شراح القانون المصرى على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية ، ولكن هذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل فى دور المحاكم ، وهو قاصر على الكتب الفقهية . ولعل ذلك راجع إلى أن القانون المصرى يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار ، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسى .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

٥٠ — تتفق الجرائم جميعا فى أنها فعل محرم معاقب عليه، ولـكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة . وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة تختلف باختلاف وجهة النظر إليها .

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أو دية ، وتعازير ، وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجانى قسمناها إلى جرائم عمدية ، وجرائم غير عمدية ، وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جرائم متلبس بها ، وجرائم لا تلبس فيها ، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتـكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية ، وجرائم سلبية ، وإلى جرائم بسيطة ، وجرائم اعتياد ، وإلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وإذا نظرنا إلى طبيعتها الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة ، وجرائم ضد الأفراد ، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية .

التقسيم المبنى على جسامة العقوبة

الحدود ـ القصاص والدية ـ التعازير

٥١ — تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام : ـ

القسم الأول : جرائم الحدود : ـ وهى الجرائم المعاقب عليها بحد . والحد

هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى[1] ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله فى الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة ، وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم ، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحصيل المنفعة ، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها .

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهى سبع جرائم . (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة (٦) الردة (٧) البغى . ويسميها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها ، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تميز بالجريمة التى فرضت عليها فيقال حد السرقة ، وحد الشرب ، ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثانى : جرائم القصاص والدية : وهى الجرائم التى يعاقب عليها بقصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد ، ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حد واحد ، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما ، ومعنى أنها حق للأفراد أن للمجنىّ عليه أن يعفو عنها إذا شاء ، فإذا عفا أسقط العفو العقوبة المعفو عنها .

وجرائم القصاص والدية خمس (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجناية على مادون النفس عمداً (٥) الجناية على مادون النفس خطأ . ومعنى الجناية على مادون النفس الاعتداء الذى لا يؤدى للموت كالجرح والضرب .

---

(١) فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٢ ، ١١٣ ؛ والإقناع جزء رابع ص ٢٤٤ — الأحكام السلطانية ١٩٢ — ١٩٥ بدائع الصنائع سابع ص ٣٣ ، ٥٦ .

ويتكلم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات ، متأثرين فى ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال[١] ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح[٢] ناظرين إلى أن الجراحة هى أكثر طرق الاعتداء ، كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء[٣] عنواناً لهذا القسم .

القسم الثالث: جرائم التعازير : هى الجرائم التى يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير . ومعنى التعزير التأديب ، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدها ، وتركت للقاضى أن يختار العقوبة أو العقوبات فى كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم فالعقوبات فى جرائم التعزير غير مقدرة .

وجرائم التعزير غير محدودة كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية . وليس فى الإمكان تحديدها . وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعتبر جريمة فى كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة ، وتركت لأولى الأمر النص على بعضها الآخر ، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير ، ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر الحرية فى النص على هذه الجرائم بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام ، وأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة

---

(١) بدائع الصنائع السابع ص ٢٣٣ ، الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع ـ البحيرى على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع .

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١ ـ المغنى ٣١٨ الجزء التاسع .

(٣) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولى الأمر حق التشريع فى هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة ، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة .

والفرق بين الجريمة التى نصت عليها الشريعة والعمل الذى يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلا مباحاً ، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

٥٢ - أهمية التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود ، وقصاص أو دية ، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلى:

أولا — من حيث العفو : جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً ، سواء من المجنى عليه أو ولى الأمر أى الرئيس الأعلى الدولة ، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغواً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

أما فى جرائم القصاص فالعفو جائز من المجنى عليه ، فإذا عفا ترتب على العفو أثره ، فللمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية ، وله أن يعفو عن الدية أيضاً ، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجانى . وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة فى جرائم القصاص بصفته هذه ، لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجنى عليه أو وليه ، لكن إذا كان المجنى عليه قاصراً ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه ، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولى من لا ولى له ، وفى هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولى المجنى عليه ، لا بأى صفة أخرى ، و بشرط ألا يكون العفو مجاناً .

وفى جرائم التعازير لولى الأمر أى رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية . وليس للمجنى عليه أن يعفو فى التعازير إلا عما يمس حقوقه الشخصية المحضة. ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجنى

عليه من العقوبة أو الجريمة لايكون نافذاً وإن أدى فى الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، لأن للقاضى سلطة واسعة فى جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة ، وتخفيف العقوبة .

ولاشك أن عفو المجنى عليه يعتبر ظرفاً مخففاً .

ثانياً — من حيث سلطة القاضى : فى جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضى أن يحكم بعقوبتهما المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها شيئاً ، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى ، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة فسلطة القاضى فى جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة .

وفى جرائم القصاص سلطة القاضى قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجانى ، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجنى عليه عن القصاص أو تعذر الحكم به لسبب شرعى وجب على القاضى أن يحكم بالدية ما لم يعف المجنى عليه عنها ، فإذا عفا كان على القاضى أن يحكم بعقوبة تعزير .

وله فى التعازير ـ كما سنبين ـ سلطة واسعة .

أما جرائم التعازير فللقاضى فيها سلطة واسعة فى اختيار نوع العقوبة ومقدارها فله أن يختار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والمجرم ، وله أن ينزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

ثالثاً — من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أى أثر على جرائم الحدود والقصاص والدية ، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجانى ؛ أما فى جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها فللقاضى أن يختار عقوبة خفيفة ، وأن ينزل بها إلى أدنى حدودها ، وله أن يوقف تنفيذها .

رابعاً — من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود

والقصاص عدداً معيناً من الشهود ، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة ، فجريمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود يشهدون الجريمة وقت وقوعها ، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل .

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد .

ولا تعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم ، وإنما هى تقسم الجرائم غالباً إلى جنايات وجنح ومخالفات .

الفصل الثانى

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجانى

الجرائم المقصودة — الجرائم غير المقصودة

٥٣ ـ تتقسم الجرائم بحسب قصد الجانى إلى جرائم مقصودة وجرائم غير مقصودة :

(ا) الجرائم المقصودة : هى التى يتعمد الجانى فيها إتيان الفعل المحرم وهو عالم بأنه محرم ، وهذا هو المعنى العام للعمد فى الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية . وللعمد معنى خاص فى القتل ، وهو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته ، فإن تعمد الجانى الفعل دون نتيجة كان الفعل قتلا شبه عمد ، وهو ما يسمى فى القوانين الوضعية بـ « الضرب المفضى إلى الموت » .

(ب) الجرائم غير المقصودة : هى التى لا ينتوى فيها الجانى إتيان الفعل المحرم ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطأ منه ، والخطأ على نوعين(١) :

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ ، المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٠ ، والزيلعى الجزء السادس ص٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع ص٢٣٤ . راجع أيضاً الفقرتين ٢٨٤ ، ٣٠١ .

النوع الاول — هو ما يقصد فيه الجانى الفعل الذى أدى للجريمة ولا يقصد الجريمة ولـكنه مع ذلك يخطىء : إما فى نفس الفعل كمن يرمى حجراً ليتخلص فيصيب أحد المارة ، أو يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً . وإما أن يكون الخطأ فى ظنه كمن يرمى ما يظنه حيواناً فإذا هو إنسان ، أو يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد الوطنيين . فى هذه الحالات يقصد الجانى الفعل ولا يقصد الجريمة ، ولـكن خطأه فى فعله أو ظنه يؤدى إلى وقوع الجريمة .

النوع الثانى — هو ما لا يقصد فيه الجانى الفعل ولا الجريمة ، ولـكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه ، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله وكمن يحفر بئراً فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

٥٤ — أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولهما — أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجانى ، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام ، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة .

ثانيهما — يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوفر ركن العمد ، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو عدم التثبت .

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهى تتفق مع الشريعة فى موضوعه ونتائجه .

الفصل الثالث

تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها

جرائم متلبس بها — وجرائم لا تلبس فيها

٥٥ ـ تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها .

الجريمة المتلبس بها : هى الجريمة التى تكشف وقت ارتكابها ، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة ، وقد عرف قانون « تحقيق الجنايات المصرى » التلبس فى المادة الثامنة بأن مشاهدة الجانى متلبساً بالجناية[1] هى رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة ، و يعتبر أيضاً أن الجانى شوهد متلبساً بالجناية إذا تبعه من وقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب ، أو تبعته العامة مع الصياح ، أو وجد فى ذلك الزمن حاملا لآلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك فى فعلها .

والجريمة التى لا تلبس فيها : هى التى لا تكشف وقت ارتكابها . أو التى يمضى بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير .

والمعروف لدى فقهاء الشريعة أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها ولكن ليس فى الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس طبقاً لوجهة « القانون المصرى » خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة .

---

(١) معنى لفظ « الجناية » هنا يتفق مع معنى الجناية فى الشريعة الإسلامية وهو الجريمة .

٥٦ ـ **أهمية هذا التقسيم** : تظهر أهمية هذا التقسيم فى الشريعة من وجهين :

أولهما — من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ، ورأوا الجانى وهو يرتكب الجريمة ، ويجيز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين[1] ينقلون عمن شهدوا الحادث ولا يجيز هذا باقى الأئمة[2] .

ثانيهما — من حيث الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : إذ شوهد الجانى وهو يرتكب الجناية كان لأى شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة ، أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب الخمر والزنا ، وهذا ما يسمى بـ « حق الدفاع الشرعى العام » .

الفصل الرابع

المبحث الأول

جرائم إيجابية — وجرائم سلبية

٥٧ ـ تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية بحسب ما إذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب ، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأموراً به أو منهياً عنه .

---

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٤٩ . نهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣٠٧ . الاقناع الجزء الرابع ص ٤٠٧ .

والجريمة الإيجابية : تتكون من إتيان فعل منهى عنه كالسرقة والزنا والضرب

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية .

٥٨ - الجريمة الإيجابية تقع بطريق السلب . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب ، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة ، فمن حبس إنسانا ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء فى الليالى الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك [١] والشافعى [٢] وأحمد [٣] ، أما أبو حنيفة [٤] فلا يرى الفعل قتلا ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبايوسف ومحمداً يريان الفعل قتلا عمداً، لأنه لا بقاء لآدمى إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاكا له

والأم التى تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ، ولوأنها لم تأت بعمل إيجابى [٥] .

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لايحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه

---

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .
(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .
(٣) المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٧ .
(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ والبحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٩٥
(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

اعتبر قاتلا له عمداً وإن لم يل قتله بيده ، وهو رأى فى مذهب مالك[١] .

ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد[٢] .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السرى ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك فهى قاتلة له ، ومن الممكن اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السرى ، لأن القطع غير مهلك فى ذاته ، وإنما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعا[٣] .

٥٩ - متى يعتبر الممتنع مسئولا ؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسئولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعى أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلا : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمى من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه[٤] ، ويرى بعض الحنابلة أنه مسئول[٥] ، وأساس هذا الخلاف هو : هل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟ ومن هذا القبيل المثل الذى ضربناه عن منع الماء .

٦٠ - الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة فى القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذى سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر ، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك . لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكانت

---

(١) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .

(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص ٢٠٥ .

(٥) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماما ، لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا فى الأصل بالعمل ، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، و يستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ومن الأمثلة التى يضربها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمدا عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، و يضربون مثلا على الحالة التى لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار ، أو أقدم على افتراسه سبع ، والأمثلة فى الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التى يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

٦١ — **الفرق بين الشريعة والقانون** : و يلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوى تماما ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة ، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقا لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أَوْفوا بالعُقودِ ﴾ [المائدة : ١] فمن كان عليه واجب طبقا لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها . فالشريعة والقانون يتفقان تماما فى هذه النقطة .

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية فى أنها تجعل الجانى مسئولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع ، ولا شك أن الشريعة منطقية فى هذا التوسع ، لأن الشرائع والقوانين جميعا بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه ، ولا معنى لأن ينص فى الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع ، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق فأولى به أن يسأل عن

واجب يفرضه العرف ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات .

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى القرن التاسع عشر ، فكأن القوانين لم تجىء إلا بما سبقتها إليه الشريعة .

المبحث الثانى

فى تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

٦٢ — تنقسم الجرائم فى الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجانى لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد :

الجريمة البسيطة : ـ هى التى تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ، ويستوى أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ، وجرائم الحدود والقصاص أو الدية كلها جرائم بسيطة .

وجريمة الاعتياد : ـ هى التى تتكون من تكرر وقوع الفعل ، أى أن الفعل بذاته لا يعتبر جريمة ، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة .

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير . ويستدل عليها من النص المحرم للفعل ، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة ، وإن كان يكتفى بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة .

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات وهذا متفق عليه ، إلا أنهم اختلفوا فى التعزير على فعل المكروه وترك المندوب [1] ، فرأى

---

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم — والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم .

البعض أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقا[١] ، ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[٢] كلما دعت إلى ذلك المصلحة[٣]

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان ، فإذا لم يتكرر فلا عقاب ، وإذن فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك فى ذاته ، وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذى يدل على أن الجانى جعل الفعل أو الترك عادة وإلفاً له ، ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية ، أى أن العادة عندهم تتكون من مرتين[٤] وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب عوقب عليه فهو من جرائم العادة .

٦٣ — **أهمية هذا التقسيم** : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولا من حيث مبدأ سريان التقادم : فى الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة ، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة . أما فى جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة .

---

(١) الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص ٢١ ، ٢٢ — الإقناع الجزء الرابع ص ٢٧٠ ، ٢٧١ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٣ .

(٢) المستصفى للغزالى ص ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن ص ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام الجزء الثانى ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكنهم فى الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة فى التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة ، ولذلك أجيز لولى الأمر فى جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة .

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٣ .

ثانياً ـ من حيث الاختصاص : **يكون الاختصاص فى الجريمة البسيطة** للمحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة ، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر فى دائرتها الفعل أو تجدد . ويكون الاختصاص فى جريمة العادة للمحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة[1] .

ثالثاً ـ من حيث تطبيق قواعد التدخل : الحكم فى جريمة عادة يمنع من محاكمة الجانى على الأفعال السابقة ولو لم تدخل فى المحاكمة الأولى ،لأن قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد والتى لم يحكم فيها بعد وتكتفى بعقوبة واحدة عنها جميعا طبقا لقواعد التداخل . والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه .

وإذا حوكم الجانى مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التى تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأى الذى تأخذ به محكمة النقض المصرية .

٦٤ — **الشريعة والقوانين الوضعية** : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية فى تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة ، وتتفق معها فى تعريف جريمة العادة وفى أن العقاب على الاعتياد ، وفى مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين .

٦٥ — **الجرائم التى تتكون من أفعال متلاحقة** : قد يرتكب الجانى عدة

---

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التى يقيم الجانى فى دائرتها إذا كان الفعل المكون للعادة قد وقع وحده فى دائرة محكمة غير التى وقع فيها الفعل الآخر إذ لا يمكن أن يعتبر محلا للجريمة إلا المكان الذى تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة ، فإذا لم تتوفر بالعادة فى مكان معين فإنها تتوفر فى شخص الجانى ومن ثم ترفع عليه الدعوى فى محل إقامته .

أفعال من نوع واحد تنفيذاً لغرض جنائى واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات . أو بضرب شخصاً ضربات متعددة . وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة طبقاً للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة فمن سرق منزلا على دفعتين أو أكثر يعتبر مرتكباً لجريمة سرقة واحدة .

ومن ضرب شخصاً أكثر من ضربة يعتبر مرتكباً لجريمة ضرب واحدة .

٦٦ — الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة : تختلف الأفعال المتلاحقة عن جريمة العادة فى أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا يعاقب على فعل واحدمنها لأنه لا يكون الجريمة ، أما فى الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أى فعل منها ، لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره ، فمن انتوى أن يسرق بيتاً على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضاً آخر . ولكنه لم يعد يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة ، كما لو عاد وأخذ أمتعة فى مرة أخرى أو أكثر .

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة تتعدد فيها الأفعال ، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقتة تتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتاً طويلا أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت .

٦٧ — العلة فى اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة : تعتبر الأفعال المتلاحقة مكونة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد . وتكتفى بعقوبة واحدة عليها طبقاً لقاعدة التداخل ، وهذا يقتضى من باب أولى اعتبار الأفعال المتلاحقة الصادرة تنفيذاً لغرض جنائى واحد جريمة واحدة . كما إن وقوع هذه الأفعال تنفيذاً لفكرة واحدة ولغرض جنائى واحد يجعل منها جريمة واحدة .

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم موقتة – وجرائم غير مؤقتة

٦٨ – سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم : لم يذكر الفقهاء شيئاً عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الأفعال المكونة لها ، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها ، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة ، فلم يكن هناك اذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة .

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت ، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم ، لأن للسلطة التشريعية سلطان كبير فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها ، وتعيين العقوبة الواجبة عليها ، وآراء السلطات التشريعية فى جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات ، فما قد تبيحه سلطة تشريعية فى بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى فى بلد آخر ، وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر ، ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلا كما اهتموا بجرائم الحدود ، واكتفوا ببحث بعض الأحكام الهامة الثابتة التى لا تتغير بتغير البلاد والسلطات .

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير ، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة .

٦٩ – جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والظاهر من تتبع جرائم

التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذى يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع يحدث فى وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشىء خفية ، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذى تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ، ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإنتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ومثال ذلك حبس شخص دون حق ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه ، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه .

٧٠ – مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة : ونصوص التشريع هى وحدها التى تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها ، فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغى فى هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها ، فالسرقة تتم بأخذ الشىء خفية فهى جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرار للسرقة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهى جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً

للجريمة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، إذ السكر نتيجة الشرب ،ومضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح ، فإذا بقى المجنى عليه تحت العلاج مدة مّا فذلك ليس استمراراً للجريمة ، وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها .

٧١ — تقسيم الجرائم غير المؤقتة : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة[(١)]

فالجريمة المتجددة : هى التى يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجانى تدخلا متكررا مقصودا ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففى هذه الحالات يأتى الجانى الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقى محرزا للسلاح . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجانى الذى يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

والجرائم المستمرة هى التى لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجانى ، بل يستمر الفعل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجانى . كحفر بئر فى الطريق . وإقامة بناء فى ملك الغير . أو خارجا عن خط التنظيم .

٧٢ — أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

---

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراراً متجدداً . وجرائم مستمرة استمرارا تاماً . وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التى استعملناها أكثر دقة وانطباقا على المعانى المقصودة .

ا ــ من حيث الاختصاص : فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة المؤقته هى المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة ، لأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان . أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة غير المؤقتة ، فهى كل محكمة وقع فى دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر ، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل فى أمكنة متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة .

ب ــ من حيث التقادم : فى الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة ، وفى الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

حـ ــ من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسرى التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، ولكنها تسرى على الجرائم غير المؤقتة التى بدأت قبل صدور التشريعات الجديدة ، إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات .

د ــ من حيث قوة الشىء المقضى به : يعتبر الحكم فى الجريمة المؤقتة صادراً عن الواقعة التى عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملا لها ، ولو كانت من نوع الواقعة التى صدر عنها الحكم ، وكذلك الحال فى الوقائع التى حدثت بعد صدور الحكم .

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها ، جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة ، والعلة فى هذه التفرقة أن قواعد التداخل تنطبق على الوقائع السابقة ، وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التى حكم فيها ، لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، ووضعت على أنها تكفى لتحقيق

هذين المعنيين ، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديده بعد توقيع العقوبة[1] .

أما فى الجرائم غير المؤقتة ، فيعتبر الحكم شاملا لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ، ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة ؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحدة ، ومن ثم فلا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التى لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم . أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم ، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة ، ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة .

٧٣ — **بين الشريعة والقوانين الوضعية** : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقته وغير مؤقته ، كما تتفق معها فيما يترتب على التقسيم ، ولكن النظرية السائدة فى القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التى صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها ، وعلة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل ، وهى نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد ، و إن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها ، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه النظرية

الفصل الخامس

المبحث الأول

فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة — وجرائم ضد الأفراد

٧٤ — تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد .

الجرائم التى تقع ضد الجماعة : هى التى شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة ،

---

(١) راجع الفقرة ٥٢ .

سواء وقعت الجريمة على فرد ، أو على جماعة ، أو على أمن الجماعة ونظامها . ويقول الفقهاء : إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله تعالى [1] ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة ، ولكنهم يجعلون العقوبة حقا لله ، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها ، أو تخفيفها ، أو إيقاف تنفيذها .

والجرائم التى تقع ضد الأفراد : هى التى شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد ، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو فى الوقت ذاته ماس بصالح الجماعة .

وتعتبر جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة ، ولو أنها فى الغالب تقع على أفراد معينين ، وتمس مصالحهم مساسا شديدا ، كالسرقة والقذف ، وليس فى اعتبارها ماسة بالجماعة إنكار لمساسها بالأفراد ، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد ، بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة .

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التى تقع على الأفراد ، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة ، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية ، وهما العقوبتان المقررتان أصلا للجريمة ، وقد أعطى له حق التنازل لأن الجريمة تمسه مساسا مباشراً ، فإذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجانى ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التى مست مساسا غير مباشر .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة ، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذى شرحناه سابقا .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس فى النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس فى النهاية مصلحة الجماعة ، ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد ، وفى هذا يقول أحد الفقهاء : « ما من حق لآدمى

---

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٣٣ ، فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢ .

إلا ولله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره»[1] فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد ، وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

المبحث الثانى

فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم عادية وجرائم سياسية – أى بغى

٧٥ — **التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية** : فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البغى أى الجرائم السياسية ، ولكن الشريعة راعت فى هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها ، والمحافظة على نظامها وكيانها ، فلم تعتبر كل جريمة ارتكبت لغرض سياسى جريمة سياسية ، وإن كانت قد اعتبرت بعض الجرائم العادية التى ترتكب فى ظروف سياسية معينة جرائم سياسية .

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية فى طبيعتها ، فكلاهما تتفق مع الأخرى فى المحل والنوع والوسائل وإنما يختلفان فى البواعث التى تبعث عليهما فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية ، أو تدفع إليها بواعث ، سياسية ، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية ، ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية ، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى .

---

(١) الجزء الثامن من شرح الزرقانى على مختصر خليل ص ١١٥ .

٧٦ — **متى توجد الجريمة السياسية** : ولا توجد الجريمة السياسية فى الظروف العادية ، فكل جريمة وقعت فى الأحوال العادية ، هى جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها ، فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسى اعتبرت جريمة عادية ، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة ، مادام أن القتل وقع فى أحوال عادية ، ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم عليا بن أبى طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسى ، فاعتبر القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج[١] ، وهذا هو رأى علىّ نفسه ، والرأى الذى أخذ به العلماء من بعده فإنه قال لولده الحسن : « أحسنوا إساره ، فإن عشت فأنا ولى دمى ، وإن مت فضربة كضربتى » ولو لم يكن القتل عاديا لما اعتبر نفسه ولى الدم ، إن شاء عفا و إن شاء اقتص ، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته[٢] .

و إنما توجد الجريمة السياسية فى الظروف غير العادية ، وعلى وجه التحديد فى حالة الثورة . وفى حالة الحرب الأهلية ، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة و إذا قامت حرب بين الدولة و بين بعض رعاياها الخارجين عليها ، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توفرت شروط معينة فى الثوار أو المحاربين . فإذا لم تتوفر هذه الشروط ، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب ، فالجرائم التى تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية ، و إنما هى جرائم عادية .

٧٧ — **المجرمون السياسيون** : تسمى الجريمة السياسية فى اصطلاح الفقهاء « البغى ، و يسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » .

والبغاة كما يعرفها الفقهاء « هم القوم الذين يخرجون على الإمام[٣] بتأويل سائغ ولهم منعة وشوكة[٤] » أوهم : « فرقة من المسلمين خالفت الإمام

---

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة .

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .

(٣) رئيس الدولة أو حاكمها العام . (٤) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٤٩ .

الأعظم[1] أو نائبه لأحد شيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمى[2] ، أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر ، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل الحل والعقد ، واعتقاد ذلك ممن لا يعبأ به ولا يعرف فإنه حق لخبر « من مات وليس فى عنقه بيعة مات ميتة جاهلية » . أو خالفته لخلعه[3] أى إرادتها خلعه أى عزله لحرمة ذلك عليهم وإن جار »[4] .

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة ، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذى لم يخرج عليه بأهل العدل .

٧٨ — الشروط التى يجب توفرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق ، الشروط التى يجب توفرها فى المجرم وعمله ليعتبر مجرما سياسيا أو باغيا :

أولا — الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما

---

(١) الخليفة أو الإمام الذى ليس بعده إمام أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية .

(٢) الأحكام المتعلقة بالله هى الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة والأحكام المتعلقة بآدمى هى ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد .

(٣) الرأى الغالب فى المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن إباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس — والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها ، وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال: من قام على إمام يريد إزالة ما بيده إن كان — أى المقوم عليه — مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص ٤٢٩ ، والأحكام السلطانية ص ١٤ ، والإقناع الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

(٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل الجزء الثامن ص ٦٠ .

عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية ، وإما الامتناع عن الطاعة ، فإذا توفر الغرض على هذا الوجه مع توفر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم سياسيا . أما إذا كان الغرض من الجريمة إحداث أى تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة ، كإدخال نظام غير إسلامى يخالف النظام ، أو تمكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد ، أو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول ، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله ، فإن الجريمة لا تكون بغيا أى سياسية ، وإنما هى إفساد فى الأرض ، ومحاربة الله ورسوله ، وهى جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية[١] .

ثانيا — التأول : يشترط فى البغاة أى المجرمين أن يكونوا متأولين ، أى أن يدعوا سببا لخروجهم ، ويدللوا على صحة ادعائهم ، ولو كان الدليل فى ذاته ضعيفا ، كادعاء الخارجين على الإمام علىّ ، بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم ، وكتأول بعض ما نعى الزكاة فى عهد أبى بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم ، طبقا لقوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة ـ إلى قوله : وصل عليهم إن صلاتك سَكَنٌ لهم ﴾ فإذا لم يدعوا سببا للخروج ، أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا ، كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسبوا إليه شيئا ، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم ، فهم قطاع طريق يسعون فى الأرض بالفساد ، ولهم عقوبتهم الخاصة ؛ وليسوا بأى حال بغاة أو مجرمين سياسيين[٢] .

ثالثا — الشوكة : ـ يشترط فى الباغى أى المجرم السياسى أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسه بل بغيره ممن هم على رأيه ، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١١ ، ١١٢ ـ المغنى الجزء العاشر ص ٥٢ ـ نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ـ البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ .

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ ، ١٥٤ ـ شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٢ ـ نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ المغنى الجزء العاشر ص ٤٩ .

الوصف ، فلا يعتبر مجرما سياسيا ولو كان متأولا[١] .

رابعا — الثورة والحرب : ــ ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة فى ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة ، فإن وقعت الجريمة فى غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية ، فهى ليست بغيا أى جريمة سياسية ، وإنما هى جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هى سنة على ابن أبى طالب فى الخوارج ، فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوه وهو يخطب على منبره لا حكم إلا الله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم ، فرد على من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله : أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نبدؤكم بقتال ، ولا نمنعكم الفىء ما دامت أيديكم معنا ، أى ما دمتم لم تثوروا علينا[٢] .

٧٩ - حقوق البغاة ومسئوليتهم قبل الثورة : للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمى المشروع ، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قاذفا حد وإن كان سابا عزر ، وإن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية[٣] .

وللبغاة حق الاجتماع ، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا فى مكان معين ، فلا سلطان لأحد عليهم ، ما داموا لم يمتنعوا عن حق ، أو يخرجوا عن طاعة ، وهذه أيضا

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٥٨ ــ الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٧١ : ٧٢ ــ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٤ .

(٣) الأحكام السلطانية ٥٨ . المغنى الجزء العاشر ص ٦٠ . أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ : ١١٤ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٧٦ .

سنة على بن أبي طالب فى الخوارج ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان ، فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع ، إلى أن قتلوه ، فأنفذ إليهم على : أن سلموا إلى قاتله ، فأبوا ، وقالوا كلنا قتله ، فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان . قاتلهم على[١] .

ويشترط مالك والشافعى وأحمد أن يبدأ أهل البغى بالقتال حتى يقاتلوا أهل العدل وفى هذه الحال تستحل دماؤهم . أما أبوحنيفة فيكتفى بتجمعهم وامتناعهم ويرى فى ذلك ما يكفى لقتالهم[٢] .

٨٠ — حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها :

فإذا اشتعلت الثورة أوقامت الحرب الأهلية كان على ولى الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتلهم و إفناءهم ، وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عمن أدبر وهرب ، وأن لا يجهز عن جريحهم ، وأن لا يقتل أسيرهم[٣] أو من ألقى سلاحه منهم ، وأن لا يصادر أموالهم ، وأن لا يستولى على نسائهم وأولادهم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « منعت دار الإسلام ما فيها »[٤]

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولى الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التى فى يد أهل العدل ، وماتلف منها فى غير قتال فهومضمون على متلفه ، وأما ما أتلفه أهل البغى فى ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر ،

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٤٨ ، البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥٢ المغنى الجزء العاشر ص ٥٣ — ٥٨ ، نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٣ .

(٢) ٤١١ ج ٤ شرح فتح القدير .

(٣) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقى الأئمة ١٥٣ البحر الرائق ج ٥ .

(٤) الأحكام السلطانية ص ٤٩ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٢ : ١٥٣ . المغنى ج ١٠ ص٦٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ — شرح الزرقانى ج ٤ ص ٦١ : ٦٢ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ .

وما أتلفوه على أهل العدل فى غير ثائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم، وهم مسئولون عنه ، وهذا هو الرأى الراجح . أما الرأى المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلفوه فى الحرب ، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ، ولا تسقط غرما . أما حجة أصحاب الرأى الأول فهى أن الفتنة العظمى وقعت أيام على ومعاوية ، فأجمع الصحابة على أن لايقام حد على رجل ارتكب محرماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ويحتجون كذلك بأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلا تضمن ما أتلفته على أهل العدل ، كما لا يضمن أهل العدل ما أتلفوه ، ولأن تضمين أهل البغى يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة [1] .

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التى ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاك للأنفس والأموال ، فإن لولى الأمر - إن لم يعف عن جرائمهم - أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى فى ذلك مصلحة ، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عند مالك والشافعى وأحمد ، لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير فأولى أن لايباح قتل المستسلم ، أما أبوحنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة ويبيح قتل البغاة على أثر الظهور عليهم ، فالقياس عنده أن يقتل الباغى تعزيراً . وعلى كل حال فإن سلطة القاضى فى الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات ، كما إن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها .

٨١ — عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين فى الشريعة الإسلامية :

ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال ، فالجرائم التى

---

(١) نهاية المحتاج ج٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٣ . شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦١ : ٦٢ الأحكام السلطانية ص ٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٦٠ : ٦١ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١ : ٦٢ .

يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادية ؛ لأنها جرائم عادية لم تقع فى حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التى ترتكب أثناء الثورة أو الحرب الأهلية ، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم ، والاستيلاء على البلاد وحكمها ، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها ، وإتلاف السكك والكبارى ، وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هى الجرائم السياسية ، وتكتفى الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة ، وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وألقوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم ، وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعزرهم على خروجهم ، لا على الجرائم التى ارتكبوها أثناء خروجهم ، فعقوبة الخروج إذن هى التعزير ، وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التى تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهى القتل بالشروط التى ذكرناها سابقاً .

هذا هو حكم الجرائم التى تقع أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة ، أما الجرائم التى تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب ، فهذه تعتبر جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية ، ولو أنها وقعت أثناء الثورة أو الحرب ، كشرب الخمر ، والزنا ، وقتل أحد الثائرين زميلا له أو سرقة ماله[1] .

٨٢ — بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تعتبر الجريمة السياسية أشد خطراً من الجريمة العادية ، وكانت تعامل المجرم السياسى معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة ، فتعاقبه بعقوبات قاسية ، وتصادر ماله ، وتأخذ أهله بذنبه ، وتحرمه من الحقوق

---

(١) تكلمنا هنا عن البغى أى الجرائم السياسية بالقدر الذى يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية . وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية . أما التفاصيل والدقائق فوضعها الجزء الثانى من كتابنا هذا حين نتكلم عن البغى كجريمة من الجرائم الخاصة .

التى يتمتع بها المجرمون العاديون . ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية . و بعد أن كثرت الثورات فى البلاد الأوربية ، وتعددت الانقلابات فى النظم السياسية ، فأصبح المجرم السياسى ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق ، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هى فى مجموعها أخف من العقوبات العادية

وقد اختلف الشراح فى المميز الذى يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية ، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة ، فإن كان يرمى إلى تحقيق غرض سياسى فالجريمة سياسية و إلا فهى عادية . وعيب هذا المذهب أنه يحكم الباعث على الجريمة فى تحديد ماهية الجريمة ، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بميزات لايصح أن يتمتعوا بها - ورأى فريق آخر أن العبرة فى تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة ، فلا تعتبر جريمة سياسية طبقاً لهذا الرأى إلا الجريمة التى تمس كيان الدولة أو نظامها . وعيب هذا الرأى أنه يجعل بعض الجرائم التى لا شك فى أنها سياسية جرائم عادية ، كالجرائم التى ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية .

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التى ترتكب فى حالة ثورة أو حرب أهلية ، والجرائم التى ترتكب فى الأحوال العادية ، واعتبروا الجرائم التى تقع فى الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية ، أما الجرائم التى تقع أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهى جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية ، وكانت من الأفعال التى تبيحها الحرب النظامية و إلا فهى جريمة عادية . وهذا الرأى هو الذى أقره معهد القانون الدولى .

والاتجاه الحديث فى القوانين الوضعية يعتبر الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعى كجرائم الشيوعية والفوضوية جرائم عادية ، كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم

والحكام ، وهذا هو الرأى الذى أقره معهد القانون الدولى فى سنة ١٨٩٢ حيث قرر أنه لايعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين، الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعى[1] .

و يتبين مما سبق أن أحدث الآراء فى القوانين الوضعية تعتبر الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام وشكل الحكم الداخلى فقط ، لا ضد النظام الاجتماعى ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول ، و بشرط أن تقع فى حالة ثورة أو حرب أهلية ، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب ، وهذا يتفق تماماً مع الحدود التى وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرناً . ولا فرق بين الشريعة والقوانين فى هذه النقطة إلا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية ، وتحديد الجرائم السياسية ، وأن القوانين تسير فى أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها .

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٤٧ ـ ٥٣ . شرح قانون العقوبات لـ[illegible] والسيد مصطفى ص ٨٩ ـ ٨٥ القانون الجنائى لعلى بدوى [illegible] الأحكام [illegible] ص ٧٣ ـ ٧٦ .

القسم الثانى

من الكتاب الأول

الأركان العامة للجريمة

٨٣ - أركان الجريمة : قلنا فى تعريف الجريمة إن الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو بتعزير ، وأن المحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية ؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة إلا إذا كان معاقباً عليه

ولما كانت الأوامر والنواهى تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف ، إذ التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة ، ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، كالمجنون والصبى الذى لا يميز فهو فى عجزه عن فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة فى العجز عن فهم أصل الخطاب ، ومن ثم يتعذر تكليفه ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضاً على فهم تفاصيله[1] .

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لا بد من توفرها وهذه الأركان ثلاثة :

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ص ٢١٥ جزء أول ، المستصفى للغزالى جزء أول ص ٨٣ .

١ — أن يكون هناك نص يحظر الجريمة و يعاقب عليها ، وهو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالركن الشرعى للجريمة .

٢ — إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا ، وهذا ما نسميه فى اصطلاحنا القانونى بالركن المادى للجريمة .

٣ — أن يكون الجانى مكلفا أى مسئولا عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبى .

هذه هى الأركان العامة التى يجب توفرها بصفة عامة فى كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغنى عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية فى السرقة ، وركن الوطء فى جريمة الزنا ، وغير ذلك من الأركان الخاصة التى تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة أن الأركان العامة واحدة فى كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف فى عددها و نوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة ولكننا رأينا مجاراة للتطور الحديث فى التأليف أن نبحث الأركان العامة فى القسم الجنائى العام ، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائى الخاص الذى يتناول الكلام على الجرائم .واحدة بعد واحدة بصفة خاصة .

الباب الأول

الركن الشرعى للجريمة

---

٨٤ ـ توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل، و يعاقب على إتيانه، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعى للجريمة .

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفى بذاته للعقاب على كل فعل وقع فى أى وقت وفى أى مكان ومن أى شخص، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذى حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل، وأن يكون ساريا على المكان الذى اقترف فيه الفعل، وعلى الشخص الذى اقترفه، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم .

فالكلام على الركن الشرعى يقتضى بحث المواضيع الآتية وسنخصص لكل منها فصلا خاصا :

١ ـ النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية .
٢ ـ سريان النصوص الجنائية على الزمان .
٣ ـ سريان النصوص الجنائية على المكان .
٤ ـ سريان النصوص الجنائية على الأشخاص .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أى الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥ — الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على :—

أولا — الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة — ثانيا — أدلة الأحكام الجنائية الشرعية أى مصادر التشريع الجنائى — ثالثا — تفسير الأحكام الجنائية — رابعا — تعارض الأحكام أى النصوص ونسخها و بطلانها — خامساً — علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية . وسنخصص لكل واحد من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

٨٦ — تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أى النصوص إلى نوعين : أحكام تكليفية ، وأحكام وضعية .

فالحكم التكليفى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه[١] . ويسمى هذا الحكم تكليفياً ؛ لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٨١ وما بعدها ــ المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٦٥ وما بعدها ــ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ .

أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] أو إلزام المكلف الكف عن فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حَرَّمَ الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] وقوله ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء ٣٢] أوتخيير المكلف فى إتيان الفعل والكف عنه ، مثل قوله تعالى : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليِّهِ سُلطانا ﴾ [الإسراء: ٣٣]

والحكم الوضعى هو ما اقتضى جعل شىء سبباً لشىء ، أو شرطا له ، أومانعا منه ، وسمى الحكم وضعيا لأنه يقتضى :

١ — وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] وقوله ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور:٢] فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً فى قطع يد السارق واقتضى الحكم الثانى جعل الزنا سببا لجلد الزانى

٢ — أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله تعالى : ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عندالله هُمُ الكاذبون ﴾ [النور:١٣]

فهذا الحكم يقتضى اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا . ومثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا قطع إلا فى ربع دينار » فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر .

٣ — أو يقتضى وضع موانع من أحكام مثل قول الرسول : « لاقطع فى ثمر معلق » . فهذا الحكم يقتضى جعل تعليق الثمر أى عدم حصد الحاصلات والثمار مانعا من القطع فى سرقتها ومثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لاميراث لقاتل » فهذا الحكم يقتضى جعل القتل الحاصل من الوارث مانعا له من الإرث[1]

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ٨١ وما بعدها ـ المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٩٣ ـ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ وما بعدها.

والفرق بين الحكم التكليفى والحكم الوضعى يظهر من وجهين : أولهما : أن الحكم التكليفى يقصد به طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه . أما الحكم الوضعى فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير ، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع . ثانيهما : أن الحكم التكليفى يكون دائماً فى مقدور المكلف ، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء ؛ أما الحكم الوضعى فقد يكون أمراً فى مقدور المكلف ، وقد لا يكون فى مقدوره .

وينبغى أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفى وحكم وضعى فى آن واحد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فهذا النص يشتمل على حكم تكليفى هو طلب الكف عن السرقة ، ويشتمل فى الوقت نفسه على حكم وضعى هو جعل السرقة سبباً فى قطع يد السارق .

وليس يهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفى المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل . أما الأحكام التكليفية المخيرة فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، ولا يعتبر إتيانها أو تركها جريمة ، على الرأى الراجح .

وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمنا الحكم الوضعى ، سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً ؛ لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها .

٨٧ — **قواعد أصولية شرعية** : من القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أى أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها .

وهناك قاعدة أساسية أخرى تقتضى بأن : « الأصل فى الأشياء والأفعال الإباحة » أى أن كل فعل أو ترك مباح أصلا بالإباحة الأصلية ، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه .

وهاتان القاعدتان[١] تؤديان معنى واحداً هو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك ، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك . ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة فى الشريعة بتحريمها و إنما بتقرير عقوبة عليها ، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً ، فإن المعنى الذى يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

وهنالك قاعدة أصولية ثالثة تقضى بأنه : « لا يكلف شرعا إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به ، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله »[٢] .

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توفرها فى المكلف أى الشخص المسئول ، والشروط الواجب توفرها فى الفعل المكلف به .

فأما المكلف فيشترط فيه أولا : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف ، أى أن يكون فى استطاعته فهم النصوص الشرعية التى جاءت بالحكم التكليفى : لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به .

ثانيا : أن يكون أهلا لما كلف به أى أن يكون أهلا للمسئولية وأهلا للعقوبة .

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

---

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية . والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإجابة تستدعى مبيحا والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه ، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة . فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها .
وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو أن لا حرج فى إتيان الفعل . وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين . ومن شاء أن يستزيد فليراجع الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٣٠ وما بعدها . والمستصفى للغزالى ج ١ ص ٦٣ وما بعدها . ومسلم الثبوت ج ١ ص ٤٩ ، والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ .

أولا : أن يكون ممكنا ، فلا تكليف بمستحيل .

ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف أى فى قدرة الشخص إتيانه أو تركه . فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .

ثانيا : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف علما تاما يحمله على الامتثال ، والعلم التام الذى يحمله على الامتثال يقتضى :

(ا) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لايمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أن لاجريمة بلا نص ينشر على الناس .

(ب) أن يكون فى الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة .

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعنى — كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص .

٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التى تقطع بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص فى الشريعة الإسلامية ، لاتستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق ، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التى تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف ، وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة فى هذا المعنى ، منها قوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعَذِّبِينَ حتى نبعثَ رسولا ﴾ [الإسراء : ١٥] وقوله : ﴿ وما كان ربُّك مُهلِكَ القرى حتى يبعث فى أُمِّهَا رسولا يتلو عليهم آياتنا ﴾ [القصص : ٥٩] وقوله : ﴿ لئلا يكون للناس على الله حجةٌ بعد الرسل ﴾ [النساء : ١٦] وقوله : ﴿ لِأُنذركم به ومَنْ بلغ ﴾ [الأنعام : ١٩] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفرْ لهم ما قد سلف ﴾ [الأنفال : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة

فى أن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم و ينذرهم على لسان رسله ، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه .

٨٩ - **متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ؟** : وجدت هذه القاعدة فى الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا ، وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التى لم تعرف هذه القاعدة إلا فى أعقاب القرن الثامن عشر المَيلادى ، حيث أدخلت فى التشريع الفرنسى كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية ، وقررت لأول مرة ، فى إعلان حقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسى إلى غيره من التشريعات الوضعية .

٩٠ - **كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟** : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة فى الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . ودللنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التى تقرر القاعدة ، وبإيراد القواعد الأصولية التى وضعت تطبيقا لهذه القاعدة العامة ، وإذا كانت الشريعة تقضى بتطبيق القاعدة على كل الجرائم فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد فى كل الجرائم ، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . وسنرى فيما يلى كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود

٩١ - **أثر القاعدة فى جرائم الحدود** : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقا فى جرائم الحدود ، وهذا ظاهر بجلاء من

تتبع النصوص التى وردت فى هذه الجرائم .

وجرائم الحدود سبع :

(١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .

(٤) السرقة . (٥) الحرابة .

(٦) الردة . (٧) البغى .

ففى جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء : ٣٢] ويقول : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيِّب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم ، وهى كل العقوبات المقررة للزنا فى الشريعة .

وفى جريمة القذف يقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون الْمُحْصَنَاتِ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ [النور : ٤] فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هى الجلد ، وبعقوبة تبعية هى الحرمان من حق أداء الشهادة ، وليس للقذف فى الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

وفى جريمة الشرب يقول الله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل مسكر حرام » ، ويقول : ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه النصوص قاطعة فى تحريم تناول الخمر والمسكرات .

أما العقوبة فقد عين النبى صلى الله عليه وسلم نوعها بقوله : « اضربوه » ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديداً قاطعا . وقد روى عنه أنه

ضرب أربعين فى الخمر ، وروى عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد ، وفى عهد عمر - رضى الله عنه - أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على القاذف ؛ لأن الشارب إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى . فالعقوبة إذاً تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة . وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامى، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع ، أى أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة .

وفى جريمة السرقة يقول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كَسَبَا نَكالاً من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها .

وفى جريمة الحرابة يقول الله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويَسْعَوْنَ فى الأرض فساداً أن يُقَتَلوا أو يَصَلَّبُوا أو يُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الحرابة والسعى بالفساد فى الأرض ، ويعاقب على ذلك بالنفى والقطع والقتل والصلب .

وفى جريمة الردة يقول الله تعالى : ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ﴾ [آل عمران : ٨٥] ويقول : ﴿ ومن يَرْتَدِدْ منكم عن دينه فَيَمُتْ وهو كافر فأولئك حبطت أعمالُهمْ فى الدنيا والآخرة ﴾ [البقرة : ٢١٧] ويقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ويقول أيضا « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل .

وفى جريمة البغى يقول الله تعالى : ﴿ وإنْ طائفتان من المؤمنين اقْتَتَلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بَغَتْ إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] ويقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم

وأمركم على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه » ويقول: « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع، فاضربوه بالسيف كائناً من كان » . فهذه النصوص تحرم بغى طائفة على طائفة ، وتجعل جزاء البغى القتال والقتل حتى يفىء الباغى ويرجع عن بغيه .

هذه هى جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها ، بل لقد عينت الشريعة العقوبات فى جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضى أية حرية فى اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها ، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما ، وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين . فلا تسمح الشريعة للقاضى أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها . ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أى أثر على عقوبات جرائم الحدود ، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى ، اشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار ، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها .

الفرع الثانى

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية

٩٢ — أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً فى جرائم القصاص والدية ، وليس أدل على ذلك من استعراض النصوص التى وردت فى هذه الجرائم .

والجرائم التى يعاقب عليها بالقصاص هى : القتل العمد ، وإتلاف الأطراف عمداً ، والجرح العمد .

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفى عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعى ، ثم القتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وإتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ .

فى جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرَّمَ الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء:٣٣] ويقول:﴿ يأيها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم القصاص فى القتلى : الحر بالحر، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عُفِيَ له من أخيه شىء فاتِّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ [المائدة:٤٥]ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قَوَدٌ به إلا إن رضى ولى المقتول »ويقول: « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود ـ أى القصاص ـ وإن أحبوا فالعقل أى الدية » . ويقول : « فى النفس مائة من الإبل » .

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولى القتيل على الدية ، فتكون العقوبة الدية ، وهى مائة من الإبل .

وفى جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ ولكم فى القِصَاصِ حياةٌ يا أولى الألباب لعلكم تتقون ﴾ [البقرة : ١٧٩] ويقول:﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين ، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] ويقول : ﴿ فمن اعتدَى عليكم فاعتدوا عليه بِمِثْلِ ما اعتدى عليكم ﴾ . [البقرة : ١٩٤] ويقول : ﴿ وإن عاقبتم فعاقِبُوا بمثل ما عُوقبْتُم به ﴾ [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص صريحة فى تحريم إتلاف الأطراف والجراح ، وفى جعل عقاب الجريمة القصاص فى حالة العمد .

وفى جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط ، والعصا ، والحجر ، مائة من الإبل » ؛ فهذا النص يحرم القتل شبه العمد ، ويعاقب عليه بالدية .

وفى جريمة القتل الخطأ يقول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودِيَةٌ مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فَدِيَةٌ مسلمةٌ إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليما حكيما ﴾ [النساء:٩٢] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفى دية الخطأ عشرون حِقَّة ، وعشرون جَذَعَة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنو مخاض » فهذان النصان يحرمان القتل الخطأ ، ويعاقبان عليه بالدية ، ويبينان مقدارها وأوصافها .

وفى قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان فى الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة ، وما كان فى الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية فقال صلى الله عليه وسلم : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية » وقال : « وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية » وقال : « فى الصلب الدية » وقال : « فى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية » وقال : « فى الأنثيين الدية » وقال : « فى الأذنين الدية » وقال : « فى العين خمسون من الإبل » وقال : « فى السن خمس من الإبل » وأوجب الرسول الدية فى إذهاب المعانى ، كالسمع والبصر والعقل .

أما الجراح فقد حدد النبى عقوبة بعضها دون بعض ، فجعل أرش الموضحة خمساً من الإبل ، وأرش الهاشمة عشراً من الإبل ، وفى الآمة والدامغة[1] ثلث

---

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج . والموضحة : هى التى تكشف عن العظم . والهاشمة : هى التى تهشم العظم . والآمة : هى التى تصل إلى الجلدة التى تغطى المخ . والدامغة : هى التى تصل إلى المخ نفسه . ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج =

الدية ، وجعل فى كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية .

والقاعدة العامة فى الشريعة : أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشاً[1] فيه حكومة ، وهى ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للتالف أو الجرح الذى يليه فى الشدة . وهذه القاعدة مجمع عليها من الأئمة .

والدية فى قطع الأطراف والجراح العمدية هى نفس الدية الواجبة فى الخطأ ولكنهما يختلفان فى الوصف ، فدية العمد مغلظة ، ودية الخطأ مخففة طبقا لأحاديث الرسول وفعله .

وإذن فالعقوبة فى إتلاف الأطراف محددة تحديداً لا شك فيه بنصوص صريحة فى معظم الأحوال ، وبإجماع لا شك فيه فى بقية الحالات ، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعى من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح .

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها ، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضى حرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها ، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجانى هو الذى ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجانى .

ويلاحظ أن سلطة القاضى فى جرائم القصاص والدية تماثل سلطته فى جرائم الحدود . ولا تفترق عنها إلا فى أن القاضى ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجنى عليه أو وليه ، وأن يطبق العقوبة التى

ــــ على جراح الرأس والوجه . أما ماعدا ذلك فيسمونه جراحا إلا مايصل للتجويف الصدرى والبطنى فيسمونه جائفة .

(١) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة : ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية .

توجبها الشريعة أو يوجبها ولى الأمر فى حالة العفو عن القصاص والدية .

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة ؛ لأنها محددة النوع والمقدار ، ولكنها مقدرة حقا للأفراد ، ومن ثم كان للمجنى عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه ، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه ، أما ولى الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما ، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ؛ لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد(١) وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته .

---

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق للآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التى تمس حياة الأفراد وحقوقهم ، وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد.

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس فى النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس فى النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصاً للفرد. وفى هذا يقول أحد الفقهاء : [ما من حق لآدمى إلا ولله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره] راجع شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ ـ فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد ؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد ، أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

والأصل فى الشريعة: أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد ، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها . فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم. وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها فى فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئاً ، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق ؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه .

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير

٩٣ ـ أثر القاعدة فى جرائم التعازير : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطق أن تطبقها ؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية فى الشريعة فلا يمكن إهمالها ، ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذى طبقتها به على جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، ولم تتقيد بالحدود الضيقة التى قيدت بها تطبيق القاعدة فى تلك الجرائم ، وإنما توسعت الشريعة فى تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضى هذا التوسع الذى جاء على حساب العقوبة فى أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة فى القليل النادر .

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة ؛ لأنه لا يشترط فى جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضى كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، فللقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها ، وللقاضى أن يخفف العقوبة وأن يغلظها .

وجاء التوسع على حساب الجريمة ؛ لأنه يجوز فى بعض الجرائم التى تمتاز بصفات معينة أن لا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفى أن ينص عليها بوجه عام .

٩٤ ـ ما هو التعزير ؟ : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما فى جرائم التعازير يجب أن نعرف قبل كل شىء ماهو التعزير ؟ والتعزير : هو تأديب على

ذنوب لم تشرع فيها الحدود[١] ، أى هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبات معينة محددة ، فهو يتفق مع الحدود[٢] من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ، ولكنه يختلف عنها من وجهين[٣] : ـ

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجانى ، أما فى التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، وللقاضى أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها ، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى فى ذلك ما يكفى لردع الجانى وتأديبه .

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولى الأمر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولى الأمر العفو عنها كلها أو بعضها .

٩٥ — الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير : لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان ، كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام . وتركت لأولى الأمر فى الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها . وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ، ويعاقبوا على مخالفتها . والقسم الذى ترك لأولى الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذى نصت عليه الشريعة وحددته . ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ . بدائع الصنائع ج٧ص٦٣ أسنى المطالب ج٤ س١٦١
(٢) المقصود بالحدود: العقوبات المقدرة وهى المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية
(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

٩٦ — أقسام التعزير : ينقسم التعزير ثلاثة أقسام (١) تعزير على المعاصى (٢) وتعزير للمصلحة العامة (٣) وتعزير على المخالفات

والأول فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها و يعتبر إتيانها معصية . والثانى فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها . ولا يشترط فى الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية — والثالث فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها و يعتبر إتيانها مخالفة ولا يعتبر معصية .

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل فى القسم الأول يكون محرما دائما ومعتبرا معصية ، وفى القسم الثانى لا يكون الفعل محرما إلا إذا توفر فيه وصف معين ؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية ، أما فى القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيا ، ولكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية .

القسم الأول

فى التعزير على المعاصى

٩٧ — التعزير على المعاصى : من المتفق عليه أن التعزير يكون فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمى[١] ، ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها ، ومعنى أنها لحق آدمى أنها تمس حقوق الأفراد .

والمعاصى هى إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات .[٢]

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ — المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٤٧ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ — الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٧ .

(٢) المعنى الفنى للمعصية يقابل تماما بالمعنى للجريمة فى استعمالنا القانونى .

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتما ، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم مثل قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ أو أن يكون النهى عن الفعل مقترنا بما يدل على أنه حتم مثل قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ وقوله : ﴿ ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ . أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترنا بذلك ، نحو قوله تعالى: ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ أو أن يكون طلب الكف مقترنا بترتيب عقوبة مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأن اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ﴾ . ومثل قوله : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ .

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم ، فإن كان الطلب حتما فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن المندوب ، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم ، فإن كان الطلب حتما فهو الواجب .

وقد يشتبه المحرم بالمكروه ، ويشتبه الواجب بالمندوب ، وفى هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فإن دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم ، وإن دلت على الفعل المحتم فهو الواجب ، أما إذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه ، وإن دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة فى حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب مالم يُستنفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا يعرف بعض علماء الأصول المحرم

بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ، ويعرف المكروه : بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم ، ويعرف المندوب : بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهى تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر[١] .

٩٨ - أنواع المعاصى : يقسم الفقهاء المعاصى إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما فيه الحد[٢] وقد تضاف إلى حد الكفارة ، مثل القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع ، وجرائم القصاص والدية وعددها خمس ؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هى التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أى بعقوبة مقدرة .

والأصل فى هذا النوع من المعاصى أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير ، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة .

فمالك يرى تعزير الجانى مع عقوبة القصاص فى الجناية عمداً على ما دون النفس[٣] ، وحجته فى هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة ، وهو حق المجنى عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير فى القتل العمد ؛ لأنه لافائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع[٤] .

وفى مذهب الشافعى يجيزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاد

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٦٠ - ١٧٤ ، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٧٩ - ٨٩ .

(٢) المقصود بالحد هنا العقوبة .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

به ، فإن عليه الدية وهى حد وعليه التعزير ، وكالزيادة على الأربعين فى حد الشرب ؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة ، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير ، وكتعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير[١] .

وفى مذهب أحمد يجيزون تعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها[٢] ، ومعنى هذا أنهم يجيزون أن يجتمع مع الحد التعزير .

وفى مذهب أبى حنيفة يعتبرون التغريب المقرر للزانى غير المحصن تعزيراً لا حدا ، ويجيزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يجيزون اجتماع الحد مع التعزير[٣]

النوع الثانى : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء فى نهار رمضان والوطء فى الإحرام .

والكفارة فى أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على معصية فهى عقوبة خالصة ، كالكفارة فى القتل الخطأ والظهار ، والكفارة فى هذا تشبه المال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما فى حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية .

والمعاصى التى تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلها إفساد صيام ،

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٦ .

أو إفساد إحرام ، أو حنث فى يمين ، أو وطء فى حيض أو ظهار[(١)] .

ويختلف الفقهاء فى جواز التعزير فى هذا النوع من المعاصى ، فيرى البعض أن لا تعزير فيه ؛ اكتفاء بالعقوبة التى حددت له وهى الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لايجوز أن يجتمع مع الكفارة التعزير[(٢)] .

النوع الثالث : مالا حد فيه ولا كفارة ، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها ، والشروع فى السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع مالا يدخل تحت النوعين السابقين ، فيدخل تحته معظم المعاصى ، بل إن المعاصى التى تدخل تحته لاتعد كثرة ؛ لأنها غير محصورة .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصى فيه التعزير أى لاعقوبة عليه إلا التعزير .

والمعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة متنوعة ، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة[(٣)] :

ا — نوع شرع فى جنسه الحد ولكن لاحد فيه ، كالسرقة من غير حرز وسرقة مادون النصاب ، والسرقة غير التامة ، فالسرقة شرع فيها الحد بشروط منها أن تكون من حرز ، وأن يكون المسروق نصاباً ، وأن تكون السرقة تامة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فلاحد . ومثل ذلك : الشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق . وهكذا كل ما شرع فيه الحد ولم تتوفر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير .

---

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلا من يرى الكفارة على الوطء فى الحيض ، وهناك من لايراها ، وهناك من يقول بالكفارة فى الوطء فى الصيام فقط ، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذى .

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢١ — المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ — تبصرة ج ٢ ص ٢٥٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ — نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

ب — نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة فى دبرها ، وسرقة المال المشترك ، وإما لسبب خاص بالجانى . كقتل الأب ولده فإنه لاقصاص فيه ، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها ، ويحل محل القطع التعزير .

ج — نوع لم يشرع فيه ولافى جنسه الحد ، ومن هذا النوع أكثر المعاصى مثل أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة ممن اؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصى والوكيل ، ومثل تطفيف المكيال والميزان وشهادة الزور ، وأكل الربا ، والسب والرشوة وغير ذلك .

٩٩ - ما هو السبيل إلى معرفة المعاصى ؟ : والمعاصى سواء كان فيها حد أو كفارة أو لاحد فيها ولا كفارة ، مبينة بياناً لاخفاء فيه فى الشريعة الإسلامية وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة ، فالسبيل إلى معرفة المعاصى هو نفس السبيل الذى تعرف به الجرائم فى القوانين الوضعية ، هو الاطلاع والدراسة ؛ فمن اطلع ودرس عرف المعاصى فى الشريعة ، وعرف الجرائم فى القوانين الوضعية ، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة ، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم . وليس بعيب الشريعة فى أى شىء أن المعاصى لم تجمع فى كتاب واحد ، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم فى كتاب خاص بها ، وإنما العبرة بالنص على الأفعال المعتبرة جرائم ، وعلى عقوباتها ، على أنه ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصى فى كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة . مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصى وتيسير العلم بها .

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصا صريحاً حرمها ، ونصا صريحاً يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقباً

عليها بالحد أو الكفارة ، أما إن كان معاقبا عليها بالتعزير فإنه يجد النص الذى حرمها ، والنصوص التى فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها .

ولقد استعرضنا جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها ، وتحد عقوباتها ، وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصى ، وهو النوع الذى فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا ، وبقى أن نستعرض النوع الثانى من المعاصى الذى فيه الكفارة ، والذى قلنا إن هناك خلافا على التعزير فيه ، وبعد أن نستعرض النصوص التى وردت فيه ، نستعرض النوع الثالث من المعاصى وهو النوع الذى لا حد فيه ولا كفارة .

١٠٠ — المعاصى التى فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصى هى إفساد الصيام ، و إفساد الإحرام ، والحنث فى اليمين ، والوطء فى حيض ، والوطء فى ظهار ، وسنعرضها واحدة بعد أخرى .

إفساد الصيام : يقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم﴾ [البقرة : ١٨٣] ويقول ﴿أُحِلَّ لكم ليلة الصيام الرفثُ إلى نسائكم ، هُنَّ لِبَاس لكم وأنتم لباس لهن ، علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم ، فالآن باشروهن ، وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبينَ لكم الخيطُ الأبيضُ من الخيط الأسود من الفجر ، ثم أتموا الصِّيامَ إلى الَّيْل ، ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ، تلك حدودُ الله فلا تقربوها﴾ [البقرة ١٨٧] . وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكتُ يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتى فى رمضان . قال : هل تجد ما تعتق به رقبة ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبى بفرق

فيه تمر فقال : تصدق بهذا » . فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب ، وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، كفارة عن المعصية التى وقع فيها [1] .

إفساد الإحرام: يقول الله تعالى :﴿وأتموا الحج والعُمْرةَ لله، فإن أُحْصِرْتُمْ فما اسْتَيْسَرَ من الهَدْىِ ، ولا تحلقوا رءوسَكُمْ حتى يبلغ الهدى مَحِلَّهُ ،فمن كانَ منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ، ففدية من صيام ، أو صدقة ، أو نُسُك ، فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج ، وسبعة إذا رجعتم ، تلك عشرة كاملة ، ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ﴾ [البقرة:١٩٦] و يقول: ﴿ الحج أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فمن فرض فيهن الحج فلا رَفَثَ ولا فُسوق ولا جِدال فى الحج ﴾ [البقرة : ١٩٧] . ويقول : ﴿ وحُرِّم عليكم صيد البر مادمتم حُرُما ﴾ [المائدة : ٩٥] . ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصَّيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النَّعم يحكم به ذوا عَدْلٍ منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارةٌ طعام مساكين ، أو عدل ذلك صياماً ليذوق و بال أمره ﴾ [المائدة: ٩٥] ويقول: ﴿ يا أيها

---

(١) اختلاف الفقهاء فى تطبيق النص المقرر للعقوبة ، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب ، والشافعى وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط . وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام ، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب ، والفريق الثانى يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه ، وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل ، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل . كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط ، والبعض يسوى بين المتعمد والناسى. ويرى البعض فى حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة التداخل ؛ ولا يرى البعض تطبيقها ؛ ولكل فريق حججه ؛ ولا نرى ما يدعو هنا لسردها فكلها خلافات فى تفسير النصوص وتطبيقها ــ راجع بداية المجتهد الجزء الأول ص ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الأول ص ٩٦ ــ والإقناع الجزء الأول ص ٣١٢ وما بعدها ــ المهذب جـ ١ ص ١٨٣ وما بعدها .

الذين آمنوا لا تُحِلُّوا شعَائِرَ اللهِ ، ولا الشَّهْرَ الحرام ، ولا الهَدْى ، ولا القَلَائِدَ﴾ [المائدة : ٢] .

ومن السنة الثابتة ماير ويه كعب بن عجرة : أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فآذاه القمل فى رأسه ، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه، وقال له : « صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين ، مدين لكل إنسان ، أو انسك بشاة».

ومن المتفق عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته ، وإنما قصد منه منع الزينة والترفيه ، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب ، ولبس المخيط ، وروى ابن عمر: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم : « لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا أن لا يجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين ، ولا يلبس من الثياب مامسه ورس أو زعفران » .

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على المحرم إلى الأشياء التى كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط[1] .

هذه هى النصوص التى تحرم مايفسد الإحرام ، وتلك هى العقوبات التى فرضتها على من يفسد إحرامه، وهى نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء فى بيان مايفسد الإحرام ، وما يجب عليه من عقوبة .

الحنث فى اليمين : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجعلوا الله عُرْضَةً لِأَيْمَانِكم ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ويقول : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللَّغْو فى أَيْمَانِكُمْ ، ولكن يؤاخذكم بما عقَّدْتُم الْأَيْمَانَ ، فكفارته إطعامُ عشرةَ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ، أَو كِسْوتُهُمْ ، أو تحريرُ رقبة، فمن لم يَجد فصيامُ ثلاثةِ أيام﴾ [المائدة: ٨٩] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة «ياعبد الرحمن بن سمرة

---

(١) تفسير المنار ج٢ ص٢١٧ ومابعدها - بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ ومابعدها - المهذب ج١ ص ٢٠٤ ومابعدها - الهداية ج ١ ص ١٢٥ ومابعدها - الإقناع ج ١ ٣٥٥ ومابعدها.

لاتسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذى هو خير ، وكفر عن يمينك » ولا شك أن هذه النصوص صريحة فى تحريم الحنث باليمين ، وتبيان عقوبة الفعل المحرم (١).

الوطء فى الحيض : يقول الله تعالى : ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ [البقرة : ٢٢٢] وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الذى يأتى امرأته وهى حائض، أنه يتصدق بدينار ، وروى عنه بنصف دينار، وروى أيضاً فى حديث ابن عباس هذا أنه إن وطىء فى الدم فعليه دينار ، وإن وطىء فى انقطاع الدم فنصف دينار . وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسى دينار .

ونص القرآن صريح فى تحريم إتيان المرأة فى الحيض ، أما الحديث المروى عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة ديناراً على من وطىء الحائض(٢) . أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شىء من هذه الأحاديث ؛ ولذلك لم يوجبوا الكفارة فى وطء الحائض عملا بالأصل الذى هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل (٣).

ويترتب على القول بعدم وجوب الكفارة أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة ، أى من المعاصى التى يمكن التعزير فيها .

الوطء فى الظهار : يقول الله تعالى : ﴿ والذين يُظاهِرُون من نسائهم ثم

---

(١) بداية المجتهد ج ١ ص ٣٢٩ وما بعدها ــ المهذب ج٢ ص ١٥٠ وما بعدها ــ الهداية ج ٢ ص ٦٣ وما بعدها ــ الإقناع ج ٤ ص ٣٣٧ وما بعدها .

(٢) الاقناع ج ١ ص ٦٤ .

(٣) بداية المجتهد ج ١ ص ٤٦ ــ الهداية ج ١ ص ١٨ وما بعدها ــ المهذب ج ١ ص ٣٦ وما بعدها .

يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسَّا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ [المجادلة : ٣، ٤] والنص قاطع فى تعيين المعصية وتحديد العقوبة (١)

١٠١ — المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة : بينا فيما سبق أن المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع فى جنسه الحد ولكن لاحد فيه ، ونوع شرع فى جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه ، ونوع لم يشرع فيه ولا فى جنسه الحد . فأما النوع الأول والثانى فقد سبق أن بينا النصوص التى وردت بالتحريم فيهما، وذلك عندما تكلمنا على النصوص التى جاءت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصى، ولو كان مايدخل تحته محدوداً لاستعرضنا النصوص التى وردت فيه كلها كما فعلنا فى غيره من الأنواع ، ولكن الواقع أن المعاصى التى تدخل تحت هذا النوع غير محدودة ، ومن ثم فلن نستعرضها جميعاً ، وسنكتفى بعرض النصوص التى تحرم أهم المعاصى؛ تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص فى هذا النوع من المعاصى .

١ — تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : ﴿ إنما حرَّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾

(١) اختلف الفقهاء فى تفسير معنى « يعودون لما قالوا » ففسرها مالك والشافعى وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوى وطأها أو إمساكها أو هما معا ، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود فى الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية . وفسرها داود الظاهرى بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية ، فمن لم يظاهر مرتين فليس بعائد ولا كفارة عليه . فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعى وأحمد جريمة بسيطة ، وبحسب تفسير الباقين وعلى الأخص داود من جرائم العادة ، ولا تتكون إلا بحصول الظهار الثانى ، أما الأول وحده فلا يكون المعصية ، ومن ثم لم تترتب الكفارة إلا على الثانى — راجع بداية المجتهد ج٢ ص٨٧ ومابعدها — الهداية ج٣ ص ١٤ وما بعدها — المهذب ج٢ ص ١٢٠ وما بعدها — الاقناع ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

[البقرة : ١٧٣] ويقول : ﴿حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وماأهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب ، وأن تستقسموا بالأزلام ، ذلكم فسق ﴾ [المائدة : ٣] ويقول : ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم ﴾ [المائدة :١] ويقول: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف : ١٥٧] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الكلب خبيث : خبيث ثمنه » . ويروى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله عن البغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل . وروى ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ، وأكل كل ذى مخلب من الطير . وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «خمس يقتلن فى الحل والحرم : الحية والفأرة والغراب الأبقع ، والحدأة والكلب العقور » .

٢ — خيانة الأمانة : يقول الله تعالى : ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ، فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولا ﴾ [الأحزاب : ٧٢] ويقول : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ [الأنفال : ٢٧] ويقول :﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولاتتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولاتأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيرا ﴾ [النساء : ٢] . ويقول : ﴿ فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبداراً أن يكبروا ﴾ [النساء : ٦] ويقول : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ﴾ . [الإسراء : ٣٤] ويقول : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ [النساء : ١٠] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء : ٢٩] وقال الرسول

عليه الصلاة والسلام : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وقال : « لا إيمان لمن لا أمانة له »

٣ — غش المكاييل والموازين وغيرها : يقول الله تعالى : ﴿ ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون ، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ﴾ . [المطففين : ١ ـ ٣] ويقول : ﴿ أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين ، وزنوا بالقسطاس المستقيم ، ولاتبخسوا الناس أشياءهم ، ولا تعثوا فى الأرض مفسدين ﴾ [الشعراء : ١٨١ ـ ١٨٣] .

٤ — شهادة الزور : يقول الله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ويقول : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ [البقرة : ٢٨٣] و يقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] و يقول : ﴿ والذين لايشهدون الزور ﴾ [الفرقان : ٧٢] وقال: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [الحج : ٣٠] ويروى أبو بكرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ » وكررها ثلاثا . قلنا : بلى يا رسول الله قال: « الإشراك بالله وعقوق الوالدين » ـ وكان متكئاً فجلس فقال: « ألا وقول الزور ، وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت .

٥ — أكل الربا : يقول الله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] و يقول: ﴿ يمحق الله الربا ويربى الصدقات ﴾ [البقرة : ٢٧٦] و يقول: ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا ، فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ،

٢٧٩] ويقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ [آل عمران: ١٣٠] ويقول: ﴿وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا يا رسول الله وماهن ؟ قال : « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » .

٦ ـ السب : يقول الله تعالى : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ [النساء : ١٤٨] ويقول : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام:١٠٨] و يقول : ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾ [البقرة : ١٩٠] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان ﴾ [الحجرات: ١١] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره» وقال : «بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله » وقال:« إن من أربى الربا الاستطالة فى عرض المسلم بغير حق » وقال « سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر » .

٧ ـ الرشوة : يقول الله تعالى : ﴿ سماعون للكذب أكالون للسحت ﴾ [المائدة : ٤٢] و يقول : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام ؛ لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ [البقرة : ١٨٨] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله الراشى والمرتشى والرائش الذى يمشى بينهما » وقال : « لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم » وقال : « هدايا الأمراء غلول ، وهدايا الأمراء سحت » ويروى أبو حميد الساعدى أن رسول الله بعث ابن اللتبية على الصدقة فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدى لى ،

فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: « ما بال أقوام نستعملهم على ما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى لى ، فهلا جلس فى بيت أبيه فنظر أيهدى له أم لا ؟ » .

٨ ـ ألعاب القمار والميسر : يقول الله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] .

٩ ـ دخول المساكن بغير حق : يقول الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ﴾ [النور : ٢٧] ويقول: ﴿ ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم ﴾ [النور : ٢٩] .

١٠ ـ التجسس : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ [الحجرات : ١٢]

هذه هى عشر جرائم من أهم جرائم التعزير ، استعرضناها والنصوص التى وردت فيها ، وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التى حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه ، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ماحرمته الشريعة نصا يعين الجريمة ويحددها ، وفى هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت فى المعاصى التى يعاقب عليها بحد أو كفارة ، وفى هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لاجريمة ولاعقوبة بلانص على كل الأفعال التى حرمتها .

١٠٢ ـ **ظنون لا أساس لها من الحق** : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضى تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطىء أن سلطة القاضى فى التعزير سلطة تحكمية ، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها . وأنها متروكة لتقدير القاضى ، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولو أنه لم يحرَّم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطق هؤلاء باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

والذى أوقع هؤلاء فى ظنهم الخاطىء ؛ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع ،

فكتب الشريعة مركزة العبارة ، تصاغ عبارتها عادة فى دقة بالغة حتى لتبلغ فى تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة ، وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغى أن يلم بهـا المرء قبل دراسة الشريعة ، كما ينبغى أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق فى الاطلاع على نصوص الشريعة ، فلا شك أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهماً صحيحاً ، وهذا هو الذى حدث فعلاً للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها ، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء فى هذه المسألة على وجهه الصحيح ، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعتبرة معاصى وعينتها ، وأن الشريعة توجب على القاضى قبل كل شىء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجانى معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا ، فإن وجده معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجانى أم لا ، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التى وضعتها الشريعة للتعزير ، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة فى نوعها وكمها للجريمة وللمجرم ، أما إذا وجد القاضى أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة . وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلا ما ، معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك ، وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محرما ما أحله الله ، مبيحا ما حرمه وقائلا على الله بغير علم .

١٠٣ — نماذج مما كتبه الفقهاء فى التعزير : ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير . فهذا فقيه حنفى يقول : « التعزير يكون فى كل معصية الخ ، وليس فيه شىء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايات الناس وأحوالهم »[١] . وهذا فقيه شافعى يقول: « من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر على حسب ما يراه السلطان »[٢] . وهذا فقيه

---

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ .

(٢) المهذب ج ٢ ص [illegible] .

مالكى يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: «وما عداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمام. وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمى»[١]. وهذا فقيه حنبلى يقول: «التعزير هو التأديب وهو واجب فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة – وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص»[٢].

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية، ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة.

ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق فلنبين الآن معنى الحد. والحد: هو العقوبة المقدرة شرعاً، ومعنى أنها مقدرة شرعاً أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضى حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو نزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهى عقوبة لازمة، وهى عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، فعقوبة الزانى غير المحصن عقوبة مقدرة وهى الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهى عقوبة مقدرة. وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئاً عما فعله الجانى. وعقوبة الدية مقدرة؛ لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها.

أما العقوبة غير المقدرة فهى كل عقوبة ترك القاضى اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها – إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣١٩.

(٢) الاقناع جـ ٤ ص ٢٦٨.

واحد - بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى .

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير ، فإذا قالوا : إن التعزير يكون فى كل معصية ، فمعنى ذلك أن التعزير يكون فى كل فعل نصت الشريعة على تحريمه ، وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيه شىء مقدر ، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقدرة ، لا محيص من توقيعها على الجانى كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضى ملزم بتطبيق إحداها دون الأخرى ، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر ، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير ، فإن عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب . وإذا قال الفقهاء : إن التعزير مفوض لرأى الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما ، فمعنى ذلك أن القاضى وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصى فى تقدير هذه الظروف .

١٠٤ - كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير ؟ بينا فيما سبق أن الشريعة نصت على جرائم التعازير وعينتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص التى حرمت الجرائم وعينتها ، وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضاً على عقوبات التعزير ، والآن نقدم الدليل على هذا القول :

أولا - عقوبة الوعظ ، وعقوبة التهديد ، وعقوبة الجلد أو الضرب : هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة فيقول الله تعالى: ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن

فعظوهن واهجرون فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ [النساء : ٣٤] فهذا النص القرآنى يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التى لا تطيع زوجها ، وهى الوعظ ، والهجر ، والضرب ، ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة ، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة .

وإذا كان الهجر فى المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج ، فإن الهجر فى المضاجع ليس إلا نوعا من الهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، وأمر عمر بهجر صبيغ ، فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور [١] .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله » وقال : « لا ترفع عصاك عن أهلك » وقال : « علموا اولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وقال : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما : التهديد بالعقاب والتخويف منه ، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا . والثانية : هى الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط ، والنص الأخير صريح فى جواز الجلد فى غير الحدود ، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأى .

فالقرآن والسنة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد . وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها ، ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة ، بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولى الأمر [٢] . أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها . أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل .

---

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨١ .

ثانياً عقوبة التوبيخ : يروى عن أبى ذر أنه قال : سابيت رجلا فعيرته بأمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر أعيرته بأمه ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية » . فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه ، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية ، وسنة سنها الرسول ، والسنة هى المصدر الثانى للشريعة سواء كانت عملية أو قولية .

ثالثاً : الحبس والصلب : ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضاً ، فما يروى عن الرسول أنه حبس شخصاً فى تهمة ، وأنه صلب رجلا حياً على جبل يقال له أبو ناب[١] .

رابعاً : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية ، فيروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ، ويفرق جماعتكم فاقتلوه » وفى رواية : « ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً . من كان »[٢] . والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة .

خامساً : الغرامة والتشهير والنفى : ومصدر هذه العقوبات الإجماع . والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة[٣] .

وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع ، ومن ثم فهى عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لا شك فيها[٤] .

وفى الوقت الذى حددت فيه النصوص وفعل الرسول و إجماع الأمة أنواع العقوبات التعزيرية انعقد الإجماع على أن يترك للقاضى اختيار العقوبة الملائمة

---

(١) راجع الفقرتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .

(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٤) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكنا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية فى كتاب العقوبة .

وتقديرها ، كما ترك له أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

١٠٥ - لا جريمة ولا عقوبة فى التعزير بغير نص : وظاهر مما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها ، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديداً دقيقاً . بحيث لا يستطيع القاضى أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة ، ولا يستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير ، ولا أن يخرج على حدودها .

وإذا كانت هذه هى شهادة النصوص الصريحة ، وشهادة الواقع الملموس فإن القول بأن للقاضى سلطة تحكمية فى جرائم التعزير هو قول لا أساس له ، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم ، فالحقيقة التى لا يجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتى حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة ، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم ، يعلم حق العلم أن القاضى ليس له سلطة تحكمية ولا غير تحكمية فى تعيين الجرائم والعقوبات ، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة ، وأن سلطة القاضى منحصرة فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه ، فإن انطبق وقع على الجانى العقوبة ، ولكن الشريعة أعطت القاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة التى يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة ، وجعلت له أن ينظر فى اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه ، ودرجة تأثره بالعقوبة ، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وجعلت للقاضى أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى ، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده ، فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل ، وله أن يعاقب بأشد من ذلك ، بحبس أو بغرامة ، وله أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هى سلطة القاضى فى الشريعة ، وهى ليست سلطة تحكمية ، وإنما هى

سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة ، وهى سلطة اختيار وتقدير لاسلطة تحكم واستعلاء ، قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما ، وإنها لسلطة قمينة أن تحقق العدل ، وترفع الحرج وتضع الأمور فى مواضعها ، وتعاقب كل بما يستحقه .

وهذه الطريقة التى ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً لمعالجة جرائم التعزير هى الطريقة التى اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيراً ، فهى تنحو نحو توسيع سلطان القضاء فى اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة ، فتجعل للقاضى أن يختار فى الغالب بين عقوبتين ، أو يوقعهما معاً ، وأن يرتفع بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وتجعل للقاضى أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة ، ولكن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة الإسلامية ، وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التى تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولقد كان هذا سبباً دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضى ، واقترح بعضهم حلا للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها ، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها ، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجانى وهذه الطريقة التى يقترحها بعض علماء القانون هى نفس الطريقة التى تسير عليها الشريعة فى جرائم التعزير .

القسم الثانى

فى التعزير للمصلحة العامة

١٠٦ – **فى التعزير للمصلحة العامة** : القاعدة العامة فى الشريعة أن التعزير

لايكون إلا فى معصية ، أى فى فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه ، ولـكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير فى غير معصية . أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير[١] ، والأفعال والحالات التى تدخل تحت هذا الاستثناء لايمكن تعيينها ولا حصرها مقدماً ؛ لأنها ليست محرمة لذاتها ، وإنما تحرم لوصفها ، فإن توفر فيها الوصف فهى محرمة وإن تخلف عنها الوصف فهى مباحة ، والوصف الذى جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ، فإذا توفر هذا الوصف فى فعل أو حالة استحق الجانى العقاب ، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط فى التعزير للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجانى أحد أمرين :

١ — أنه ارتـكب فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام .

٢ — أنه أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام .

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، أو أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام ، وثبت لدى المحـكمة صحة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضى أن يبرئه ، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التى يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، ولو كان ما نسب إلى الجانى غير محرم فى الأصل ولا عقاب عليه لذاته .

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا اتهم بسرقة بعير ، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول سبيله[٢] ، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لاتـكون

---

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص١٨ ، ١٩ـ الإقناع ص٢٦٩ ج ٤ـ ابن عابدين ج٣ص٢٥١ ، ص ٢٥٠٩ — تبصرة الحـكام جزء ثان ص ٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

إلا عن جريمة و بعد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف فى حالة اتهام ولو لم يأت فعلا محرما ، وهذا العقاب الذى فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ، ويبرره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدى إلى هربه ، وقد يؤدى إلى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدى إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم ، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام .

ويستدل الفقهاء أيضاً على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضى الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يعس فى المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل إلى خمر فأشربها ـ أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شابا حسن الصورة فحلق رأسه فازداد جمالا ، فنفاه إلى البصرة ، خشية أن يفتتن النساء بجماله ؛ مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلا محرما . ووجه الاستدلال أن النفى عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده فى المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذى أوجده فى هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة ، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم ، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم فى حق الصبيان غير المميزين؛ لأنهم ليسوا أهلا للتكليف ، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصياناً ، ولا تعتبر أفعالهم معاصى[1] ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٨ ـ الإقناع ـ جـ ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ ـ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٤ ـ يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر بإيذاء الناس ولولم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا .

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أى إجراء ؛ لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين ، ومعتادى الإجرام ، ودعاة الانقلابات والفتن ، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

١٠٧ - سلطة القاضى فى التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية : قلنا إن الحالات التى يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وإن القاضى ليس له أن يحكم بالعقوبة فى الحالة التى تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة ، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير ، فسلطة القاضى إذن ليست مطلقة ولا تحكمية ، وإنما هى مقيدة بقيود بينتها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضى هنا لا تزيد شيئا عن سلطته فى جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضى ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ، ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشىء العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضى فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التى تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وإن طبقتها على وجه خاص فى حالة التعزير للمصلحة العامة .

ويخطىء خطأ جسيما من يظن أن القاضى له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة ؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة

أو الفعل ماساً بالصالح العام أو النظام العام ، وهذا فى ذاته تحديد للجريمة ، ونص صريح على أن كل إنسان آتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة ، أو وجد فى حالة تؤذى المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصى ، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه .

١٠٨ - لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى هذا النوع من التعزير : فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . وإنما تساهلت فى تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت فى تطبيقها على جرائم التعزير العادية . فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم تترك القاضى أن يعاقب عليه بالعقوبة التى يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلا من هذا كله تقرر : أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التى يراها القاضى ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

ونستطيع أن نتبين فيما يلى الطرائق المختلفة التى اتبعتها الشريعة فى تطبيق قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق :

أولا - من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة ، وعينته تعيينا لا شك فيه فى جرائم الحدود ، وفى جرائم القصاص والدية وفى جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة فى أى وقت ، وفى أى ظرف ، أما فى التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ، وإنما حدد بوصفه ، ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل ، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما ، فى بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها ، وفى ظروف أخرى غير ماس بهما .

ثانياً - من حيث النص على العقوبة : نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم فى كل الأحوال ، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة ، وجعلتها

لازمة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فى جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أومقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ، وتركت للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولاعقوبة بلا نص فى جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة . فالقاعدة مطبقة ولكن فى حدود واسعة ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجانى يعاقب على فعل لم يحرم ، أو لم يعلم بسبق تحريمه ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماساً بالنظام العام أو المصلحة العامة ، وعلى كل حال يوجد فيها الجانى إذا مست بنظام الجماعة وصالحها ، فعلى كل إنسان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام ، وعليه أن يراعى الظروف ويحسب حسابها ويقدرها فى كل وقت وآن .

١٠٩ – العلة فى إجازة التعزير للمصلحة العامة : والضرورات الاجتماعية هى المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، فحماية نظام الجماعة وصوالحها العامة تقتضى نصوصا مرنة تلائم كل وقت وآن ، وكل ظرف وحالة ، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذى جاءت به الشريعة ، فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها ؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص والجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية توصلا لحماية النظام والصالح العام .

القسم الثالث

فى التعزير على المخالفات

١١٠ — التعزير على المخالفات : الأصل فى التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير فى إتيان المكروه وترك المندوب ، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب[١] ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[٢] ، وأساس اختلافهم فى هذا الحكم هو اختلافهم فى تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهى بتخيير فى الفعل، وأن المندوب أمر بتخيير فى الفعل، أو أن المكروه ليس نهياً ، والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف . ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه ، وأن المكروه نهى لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل المنهى عنه ، وترك المندوب إليه ، والقائلين بهذا الرأى مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجانى عاصياً ، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجانى مخالفاً ، ويعللون ذلك بأن العصيان اسم ذم ، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب[٣] .

ويحتج بعض القائلين بالعقاب بفعل عمر رضى الله عنه ، حيث مر على شخص

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٣ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ — شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ — الإحكام فى أصول الأحكام الآمدى ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١ — تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) المستصفى للغزالى ج١ص٧٦ — الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج١ص١٧٣، ١٧٤

أضجع شاة يذبحها ، وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالدرة وقال له : هلا حددتها أولا ؟ (١)

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب ، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك فى ذاته ، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب ، ويعتبرون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين (٢) .

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار ، سواء أخذنا برأى القائلين بالعقوبة أو بالرأى المضاد ؛ لأن العقاب فى هذه الحالة ليس أساسه اعتبار الفعل مكروهاً أو الترك مندوباً إليه ، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ — القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :

لم تعرف القوانين قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » إلا فى أواخر القرن الثامن عشر ؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية ، أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون فى تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها ، فيعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تحريمه ، ويعاقبون عليه بأية عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصاً

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ ـ الأحكام السلطانية ص ٣١٢ .

عليها ، وقد كانت هذه السلطة التحكمية هى الدافع الأول الذى دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها [(١)]

١١٢ — كيف طبقت القوانين القاعدة ؟ : والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذى سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسى أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسى يتشدد أول الأمر فى تطبيقها تشدداً عظيما ، فعين الجرائم تعييناً دقيقاً وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضى منحصرة فى أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان ، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر المشرع الفرنسى إلى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الأداة التى وكل إليها تطبيقه ، فالتشريع الفرنسى يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون فى كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين برءاء ولكن تحرجاً من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضى أن يتصرف فى تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتساهل فى تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسى لمعالجة هذه الحالة فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حداً أدنى وحداً أعلا وترك للقاضى أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين ، وترك للقاضى أن

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص١٠١ — القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٢ — القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ٧٧ .

يحكم بهما معاً أو يختار إحداهما فقط [١] .

وقد انتقلت قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » من القانون الفرنسى إلى القوانين الوضعية الأخرى ، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة ؛ فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة ، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق فى العفو عن العقوبة أو تخفيضها ، وحق الإفراج تحت شرط ، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير فإن شراح القانون الوضعى يرون أن القاعدة ظلت محترمة ، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة ما دام أن هذا التوسع جاء طبقاً لنصوص القانون ، وما دام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدماً .

ولقد جاء التساهل فى تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمناً طويلا فيما يختص بتعيين الجريمة حتى إذا جاء القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محلا للانتقاد وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية ، وأنها تؤدى إلى ضياع مصلحة الجماعة ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائماً عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالحها ، وأن المجرمين يتفننون فى الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص ثم يعبثون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها ، وهم آمنون من العقاب ، فإذا استصدرت قوانين لتحريم الأفعال الجديدة التى أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة ، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة ، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب .

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملى فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ ـ القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٢ وما بعدها .

القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً ، كالتشريع الألمانى الصادر فى سنة ١٩٣٥ ، حيث خول القاضى إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألمانى دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائى خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة و يوقع على مرتكبه عقوبة ، (المادة الثانية من القانون الجنائى الألمانى) . وكالقانون الإيطالى ، فإنه ترك للقاضى فى بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتى الذى خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركى الذى أباح العقاب على أى فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم . ولا نذكر القانون الإنجليزى الذى يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير فى الشريعة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل بدأ علماء القانون الجنائى يناقشون المبدأ فى مؤتمراتهم العامة بعد أن كان فوق المناقشة ؛ توصلا إلى معرفة مدى المجتمع إليه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولى الرابع لقانون العقوبات فى سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، و بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . ومن ناحية العقوبة يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى ؛ ليكون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة ـ نوعا ومقداراً ـ إلى اختيار القاضى وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها [١] .

١١٣ ـ بين الشريعة والقانون : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٢ ٥ ٥ ومابعدها ـ القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٣ ـ شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ ـ ١٠٤ .

والقوانين الوضعية توجب أن لا تكون جريمة ولا عقوبة بلا نص ، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين فى تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولا — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثنى عشر قرناً على الأقل ، فالقوانين الوضعية لم تأت بشيء جديد ، وإنما أخذت النظرية التى ابتكرتها الشريعة .

ثانياً — من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة فى الشريعة باختلاف نوع الجرائم التى تطبق عليها ، ففى الجرائم الخطيرة التى يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تتشدد الشريعة فى تطبيق القاعدة تشدداً تاماً ، فتدقق فى تحديد الجريمة وتعيين العقوبة ، وهذا هو المتبع فى جرائم الحدود ، وفى جرائم القصاص والدية . وفى الجرائم الأقل خطورة ، وهى جرائم التعازير بصفة عامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات ، وتترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . وفى جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعده من ناحية الجريمة ، وتكتفى بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أى فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام . فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد .

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التى ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففى أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى - التى خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة - على كل الجرائم التى يعاقب عليها القانون ، فكان التعميم فى التطبيق سبباً فى تحرج المحلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة فى جريمة غير خطيرة وفى تبرئة كثير من القضايا ، ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة ، وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضى فى اختيار العقوبة وتحديدها ، ولكنها

طبقت هذه الطريقة أيضاً بصفة عامة ، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة ، وصارت تزيد عاماً بعد عام ؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة ، مستعملين سلطتهم فى اختيار العقوبة وتقديرها ، وهذه الطريقة هى المتبعة الآن فى معظم القوانين الوضعية إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى والقانون الدانمركى أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة فى بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة .

ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية فى تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة ، وأكفل بحماية الأمن والنظام ، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب فى تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم .

ثالثاً — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاماً . ومرناً إلى حد كبير ، بحيث ينطوى تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم (١) . إلى حد ما فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتعميم فى النص يأخذ حده كما هو الحال فى المعاصى التى يعزر فيها مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ تحريماً لجريمة التجسس ، ومثل قوله : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ومثل قوله : ﴿ أوفوا الكيل ﴾ ومثل قوله : ﴿ لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ وفى التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته ، بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع . وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ فى صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التعديل والتبديل .

---

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهراً فى النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر فى بقية النصوص الأخرى التى تحكم الجريمة ، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقاً وغير ذلك .

أما القوانين الوضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعينها تعييناً دقيقاً ، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييراً في النصوص ، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات . ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة ، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات ، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية .

رابعاً — من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعييناً لا شك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساساً شديداً ، وبين غيرها من الجرائم ، والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة ، لا خيار للقاضي في توقيعها ، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة . أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها ، وتركت القاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة ، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين ، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقاً لما يراه ملائماً لحال المجرم ولظروف الجريمة .

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين ، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين ، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة ، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة وله أن يمضيها ، وفي كثير من الأحوال تشترط القوانين الوضعية أن لا تنزل العقوبة عن حد معين

كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، والغالب أن يكون ذلك فى الجرائم الخطيرة .
وظاهر من هذا أن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة ، فالقاضى الذى يطبق القانون الوضعى مقيد بتطبيق العقوبة التى حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة ، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطى حق الاختيار ، وليس له فى كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ فى كثير من الجرائم ، وهو بالتالى لا يملك السلطان الكافى الذى يساعده على معالجة الجرم والإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضى من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا ، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات ، فإذا أخذ بهذا الرأى الذى ينادى به كبار العلماء اليوم فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها . وظاهر كذلك من منع القاضى من إيقاف التنفيذ فى الجرائم الخطيرة ، ومن عدم السماح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة ، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة فى جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود .

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن فى بعض الحالات ، فقد كانت تخالفها فى كل شىء حتى أواخر القرن الثامن عشر وإنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعى بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة ، ويأخذ بمبادئها ، ويطبق نظرياتها ، وأن مايطلبه علماء القانون أن يتحقق فى القانون ، هو نفس ماتأخذ به الشريعة ، وماتقوم عليه ، وإن فى ذلك لذكرى للذاكرين .

المبحث الثانى

فى أدلة الأحكام الشرعية
أى
مصادر التشريع الجنائى

١١٤ — مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة : من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة : ١ ـ القرآن ٢ ـ السنة ٣ ـ الإجماع ٤ ـ القياس . ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام ، ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع .

ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقا للترتيب الذى ذكرناه ، فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن ، والمصدر الثانى هو السنة ، والمصدر الثالث هو الإجماع ، والمصدر الرابع هو القياس ، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها ، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة ، ولا يراها البعض الآخر كذلك ، والمصادر المختلف عليها هى : الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصلحة المرسلة ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

١١٥ — مصادر التشريع الجنائى الإسلامى : مصادر التشريع الجنائى فيما يختص بالإجراءات الجنائية هى نفس المصادر التى سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهى: ١ـ القرآن ٢ـ السنة ٣ـ الإجماع . أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى، ورأى البعض أنه ليس مصدرا فى تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ، فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة . وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ، لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصهما .

الفرع الأول

القرآن

١١٦ - القرآن : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس.

١١٧ - نصوص القرآن قطعية : وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة ، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول ، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه ؛ لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحى ، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر فلم يختلفوا فى حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ – دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فإن كان النص دالا على معناه ولا يحتمل التأويل كانت دلالته قطعية مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ فدلالة ثمانين على العدد قطعية ، ودلالة أبدا على التأبيد قطعية . وإن كان النص دالا على معناه ، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية كقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فلفظ القرء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر ، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لاقطعية إذا من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض ، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر .

١١٩ – حجية أحكام القرآن : – لا خلاف بين المسلمين فى أن القرآن من عند الله ، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة ، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها .

١٢٠ – أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة : وأحكام القرآن على نوعين: أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات. وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة . وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية الدولية إلخ ...

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددها أنزلت بقصد إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة ، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى ، فالفعل التعبدى أو المدنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه فى الدنيا من أداء الواجب ، أو إفادة الحل والملك ، أو إنشاء الحق أو زواله ، أو توقيع العقوبة ، أو ترتيب المسئولية إلخ ، ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره فى الدنيا له أثر

آخر مترتب عليه فى الآخرة ، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية . وينبنى على كون الشريعة مقصوداً بها إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة أن تعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ،أو جملة لا تقبل الانفصال ؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدى إلى تحقيق الغرض منها ، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية فلا ينبغى أن تقاس الشريعة فى هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوى ، وجزاء أخروى فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى ، والثانى أخروى ، فأما جزاء الدنيا فهو القصاص ، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم ، وذلك قوله تعالى: ﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى : الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [سورة البقرة : ١٧٨] والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة ، يؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما ﴾ [النساء : ٩٣] ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة ، القتل والقطع والصلب : والنفى عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجُلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٣] .

وجزاء السارق القطع فى الدنيا ، والعذاب فى الآخرة ، لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم . فمن

تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٨ : ٣٩] والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية ، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولا مسئولية أخروية .

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة فى الدنيا وعقوبة فى الآخرة ، حيث يقول جل شأنه : ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة ﴾ [النور : ١٩] ويقول : ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم . يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون . يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ [النور ٣٣ ـ ٣٥] .

والزنا له عقوبتان أيضا إحداهما فى الدنيا والثانية فى الآخرة ، فيقول الله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ، ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاما . يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا . إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيما ﴾ [الفرقان : ٦٨ ـ ٧٠] .

وأكل أموال اليتامى معاقب عليه فى الدنيا والآخرة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حُوبا كبيرا ﴾ وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا ﴾ [النساء : ٢ ، ١٠] .

وأكل الربا له عقوبتان الأولى فى الدنيا والثانية فى الآخرة ، وذلك قوله تعالى: ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها ، أولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين ، لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [البقرة : ١١٤] .

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا فى قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ، ومأواه جهنم وبئس المصير﴾ [الأنفال : ١٥ ، ١٦]

وللمرتد عقاب فى الدنيا وعقاب فى الآخرة فى قوله تعالى: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة : ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون . أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون . وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها ، وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكذبون﴾ [السجدة : ١٨ ـ ٢٠] وقوله : ﴿ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالدا فيها وله عذاب مهين﴾ [النساء : ١٣ ، ١٤] وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة . فهى فى أصلها تعتبر أن الدنيا دار ابتلاء وفناء ، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء ، وأن الإنسان مسئول عن أعماله فى الدنيا ومجزى عنها فى

الآخرة ، فإن فعل خيراً فلنفسه ، وإن أساء فعليها ، والجزاء الدنيوى لا يمنع من الجزاء الأخروى إلا إذا تاب الإنسان وأناب .

١٢١ - أحكام الشريعة لاتتجزأ : وأحكام الشريعة لاتتجزأ ولا تقبل الانفصال ، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة ، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر ، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض ، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيمانا تاما بكل ماجاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا و يعمل به دخل تحت قوله تعالى : ﴿ أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزى فى الحياة الدنيا ، و يوم القيامة يردون إلى أشد العذاب ﴾ [البقرة : ٨٥]

والنصوص الواردة فى تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب ، أولئك يلعنهم الله و يلعنهم اللاعنون . إلا الذين تابوا وأصلحوا و بينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم ﴾ [البقرة ٥٩ ، ١٦٠] والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر ، والاعتراف ببعضها و إنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب و يشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار ، ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم . أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار ﴾ [البقرة : ١٧٤ ، ١٧٥] .

وقوله تعالى: ﴿أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها و إليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين ﴾ [آل عمران : ٨٣ ، ٨٥] .

وقوله: ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمناً قليلا فبئس ما يشترون ﴾ [آل عمران:١٨٧]

وقوله : ﴿ يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم ، ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه ، يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتوه فاحذروا ، ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئاً ، أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم ، لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ وقوله: ﴿ فلا تخشوا الناس واخشون ،ولا تشتروا بآياتى ثمناً قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤١ ، ٤٤] .

وقوله : ﴿ إن الذين يكفرون بالله ورسله ، ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ، ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ، ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا ، أولئك هم الكافرون حقاً ﴾ [النساء : ١٥٠] .

وقوله : ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ، ولكن ليبلوكم فيما آتاكم ، فاستبقوا الخيرات ، إلى الله مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وإن كثيراً من الناس لفاسقون . أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون ﴾ [المائدة : ٤٨ ، ٥٠] .

وقوله: ﴿ ياأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ، وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ، والله يعصمك من الناس،إن الله لا يهدى القوم الكافرين . قل يا أهل الكتاب لستم على شىء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم ،

وليزيدنّ كثيراً منهم ما أنزل إليك من ربك طغياناً وكفراً فلا تأس على القوم الـكافرين ﴾ [المائدة : ٦٧ ، ٦٨] .

وقوله : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ، ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيما . فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شَجَرَ بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [النساء : ٦٤ ، ٦٥] .

١٢٢ — **ميزات الشريعة** . وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هى أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة . وهذا هو السبب الوحيد الذى يحمل معتنقيها على طاعتها فى السر والعلن والسراء والضراء ؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم إلى الله ، وأنهم يثابون على هذه الطاعة ، ومن استطاع منهم أن يرتـكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوى فإنه لا يرتـكبها مخافة العقاب الأخروى وغضب الله عليه .

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتـكب جريمة ، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم ، ومطلع على أعمالهم ، وأنهم مهما استخفوا من الناس فان يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا ، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم ، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة ، بعكس الحال فى القوانين الوضعية فإنها ليس لها فى نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها ، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها ، ومن استطاع أن يرتـكب جريمة ما ، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتـكابها من خلق أو دين، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة ، تبعاً لزيادة الفساد الخلقى فى هذه الطبقة ، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

وتفرض الشريعة على معتنقيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله ، وأنها أصلح نظام وأعدله ، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظام آخر ، و يترتب على هذا أن لا تجد مؤمنا بالدين الإسلامى يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه ، كالشيوعية وما أشبه ، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة ، فيستشرفون إلى كل نظام جديد ، و يتطلعون إلى الأخذ بكل ما يرونه أفضل من نظامهم أو مما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان ، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام .

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين و إيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات ، و بث فى المحكومين روح الطاعة والرضاء ، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة وجعل للشريعة قوة فى الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

الفرع الثانى

السنـــــة

١٢٣ — تعريف السنة : هى ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية .

أولا ــ السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثل قوله « لا يحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، و إن أحبوا أخذوا العقل » وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن: « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله: « لا قطع فى ثمر معلق ، ولا فى حريسة الجبل فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » وقوله : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم إن شرب فاجلدوه » .

ثانيا ـ السنة الفعلية : ـ هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة في الزنا بعد الإقرار ، وقطعه اليد اليمنى في السرقة ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ثالثا ـ السنة التقريرية : هي ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره ، أو بموافقته وإظهار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابي أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك أن النبي لما بعث معاذا إلى اليمن سأله بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي ، فأقره الرسول على ذلك حيث قال : « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله » .

١٣٤ — مركز السنة من القرآن : القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي ، وأساس هذا التشريع ، والسنة هي المصدر الثاني ، وتلي القرآن في المرتبة . وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة : ـ

الأول ـ فهي إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن ، فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور ، والسرقة وغير ذلك من الأوامر والنواهي التي جاء بها القرآن والسنة .

الثاني ـ وإما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن مجملا ، أو مقيدة ما جاء في القرآن مطلقا ، أو مخصصة ما جاء فيه عاما ، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذي جاءت به السنة بيانا للمقصود من الحكم الذي جاء به القرآن ؛ لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله : ﴿وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم﴾ [سورة النحل : ٤٤] فالسنة هي التي فصلت كيفية إقامة الصلاة ، و[illegible] إيتاء الزكاة ؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة ،

بإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، ولم يبين عدد الركعات ، ولا كيفية الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ، ولا مناسك الحج .

والسنة هى التى قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن ، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هى التى بينت بيوع الربا ، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الإطلاق ، وخصصت التحريم وبينت مايحل من أنواع الميتة والدم ، ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد والسنة منعت ميراث القاتل ، والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع ، والسنة منعت القطع إلا فى ربع دينار فصاعداً ، ومنعت القطع إلا فى السرقة من حرز .

الثالث — وإما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن ، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل فى القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها » وكقوله فى تحريم الذهب والفضة : « هذان حرامان على رجال أمتى حلالان لنسائها » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

١٢٥ ـ أنواع السنة بحسب روايتها : تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة أقسام :

ا — سنة متواترة . ب — سنة مشهورة . حـ — سنة آحاد .

(ا) السنة المتواترة : هى ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب ؛ لكثرتهم وأمانتهم ، ثم رواه عن الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقى عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا . ومن هذا القسم السنن العملية فى أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التى

تلقاها المسلمون جموعا عن الرسول ، ولقنوها جموعا أخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار

(ب) السنة المشهورة : هى مارواها عن الرسول صحابى أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر ، ثم نقلها من الراوى أوالرواة جمع من جموع التواتر وتناقلها عن هذا الجمع جموع أخر حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر ، وباقى طبقاته من جموع التواتر ، ومن هذا القسم مارواه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة .

(ح) سنة الآحاد : هى ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التى لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر ، ومن هذا القسم معظم الأحاديث .

١٢٦ ـ هل السنن قطعية أو ظنية ؟ : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة ، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الصحابى الذى نقلها عن الرسول ، وليست قطعية الورود عن الرسول ، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعاً من جموع التواتر ، ولأن من تلقاها عن الصحابى جمع من جموع التواتر ، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

والسنن جميعاً قد تكون قطعية الدلالة ، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية الدلالة ، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل .

١٢٧ ـ حجية السنة : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره التى قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح — تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدراً تشريعياً واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لأن ورودها

عن الرسول مقطوع به ، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع — وإن كانت ظنية الورود عن الرسول ؛ لأن هذا الظن راجح بما توفر فى الرواة من العدالة والإتقان .

وقد اعتبرت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك، فالله تعالى يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ﴾ [النساء : ٥٩] ويقول : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو ردُّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] ويقول : ﴿ ومن يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾ [النساء : ٨٠] ويقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليُطَاع بإذن الله ﴾ [النساء : ٦٤] ويقول : ﴿ قل أطيعوا الله والرسول ﴾ [آل عمران : ٣٢] ويقول : ﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله ﴾ [آل عمران : ٣١] ويقول : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخِيرَةُ من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] ويقول : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن ، وقد أجمع الصحابة فى حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته ، فكانوا فى حياته يمضون أحكامه ، ويمتثلون أمره ونهيه ، يحلون ما أحل ، ويحرمون ما حرم ، وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا فى القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها ، وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة فى واقعة ما ، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبى فى تلك الواقعة ، كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين .

١٢٨ — هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه باعتباره بشراً كالقيام والقعود والأكل

والشرب ، ومثل هذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءاً من رسالته .

و بعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد ، كالزواج بأكثر من أربعة ، ودخول مكة بغير إحرام ، والوصال فى الصوم ، وهذه أيضاً لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدنيوية ، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش ، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعاً أيضاً ؛ لأن مبناها الخبرة الشخصية ، والرسول نفسه كان لا يعتبر هذه الأفعال تشريعاً ، فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به ، فعدل عن رأيه وقال : « أنتم أعلم بأمور دنياكم » وفى موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش فى مكان معين ، فقال له أحد أصحابه : أهذا منزل أنزلكه الله ، أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ قال : « بل هو الرأى والحرب والمكيدة » فأشار الصحابى بإنزال الجنود فى مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته .

أما الأقوال والأفعال التى صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد فهى تشريع ملزم، ومثل ذلك قوله : « صلوا كما رأيتمونى أصلى »وقوله : « خذوا عنى مناسككم »وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع بياناً لقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد ، ومثل ذلك أيضاً ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم، فقال لها :« لم لم تقولى لهم إنى أقبل وأنا صائم ! » ولما سألته عن بلّ الشعر فى الاغتسال قال : « أما أنا فيكفينى أن أحثو على رأسى ثلاث حثيات من ماء » ولقد اختلف الصحابة فى الغسل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة

رضى الله عنها وسألها عن ذلك ؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا . فأخذ عمر الناس بذلك وكان عمر يقبل الحجر الأسود فى طوافه ويقول : إنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أنى رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك . ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله .

الفرع الثالث

الإجماع

١٢٩ — **تعريف الإجماع** : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى .

١٣٠ — **حجية الإجماع** : إذا اتفق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلا قطعياً على الحكم ، أما إذا كان الرأى صادراً من أكثرية المجتهدين فإنه يعتبر دليلا ظنياً ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه ، ما لم ير ولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح فى هذه الحالة واجب الاتباع .

١٣١ — **الأساس التشريعى للإجماع** : أساس الإجماع هو القرآن والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقم على مبادىء الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح فى القرآن أو السنة ، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع فى موافقة هذا الحكم لمبادىء الشريعة العامة وروح التشريع فيها ؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هى التى جمعتهم .

وقد دعا القرآن والسنة إلى اعتبار الإجماع تشريعاً ملزماً ، فقوة الإلزام فى الإجماع واعتباره مصدراً تشريعيا مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .

القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ﴾ [النساء : ٥٩] ومن المتفق عليه أن أولى الأمر فى هذه الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا ، فكل منهم ولى أمر فى عمله ، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه ؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن ، كذلك قال الله تعالى : ﴿ ولو ردوه إلى الرسول و إلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يَستَنبِطُونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] والمقصود بأولى الأمر فى هذه الآية العلماء .

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطأ، واعتبرت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تجتمع أمتى على خطأ » وقال : « لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة » وقال: « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

١٣٢ – الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستورى ، وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان ، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان ، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان فإذا أقرتها الأغلبية ، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد . فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص ، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادىء التى يحتويها القانون ، وقوة القانون الملزمة تأتى لا من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القانون ووضعه موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى .

واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما ، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون ، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص ، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون ، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى :
نعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامى ؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع ، فللسلطة التشريعية فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة[1] إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا .
والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، وإلا فهى باطلة بطلانا مطلقا كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ - الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا : وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع ، وهو ظن خاطىء فالقوانين الوضعية فى غير البلاد الإسلامية أساسها رأى الجماعة سواء فى التشريع أو التطبيق .

فالقوانين لا تصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التى يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص . وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة ، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم مايراه اثنان منهما ، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادىء القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع ، وتجعل

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق ؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الفرع الرابع

القياس

١٣٥ ـ تعريف القياس : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان : ـ

١ ــ المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ ــ المقيس : وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمه ويسمى الفرع .

٣ــ الحكم : وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل ، ويراد الحكم به على الفرع .

٤ ــ العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقق فى الفرع [1] .

١٣٦ ـ هل القياس ممكن فى جميع الأحكام ؟ : اختلف الفقهاء فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية ، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد ، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعى وتشترك فيه ، وقد جاز على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس ، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر . ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لايجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد ، لأنها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز ؛ ولا مانع من

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٧ .

أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد جاز باعتبار خصوصيته وتعيينه لا باعتباره حكما شرعيا مجرداً ، وعند هؤلاء أن القياس فى كل الأحكام ممتنع لسببين : —

أولهما : — أنه يفضى إلى أمر ممتنع فكان ممتنعاً ؛ لأن كل قياس لا بد له من أصل يستند إليه فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتاً بالقياس ، وكذلك حكم أصل أصله ، وإذا تسلسل الأمر إلى غير نهاية امتنع وجود قياس ما ؛ لتوقفه على أصول لا نهاية لها .

وثانيهما : — أن من الأحكام مايثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزانى غير المحصن بمائة جلدة ، وقاذف المحصنات بثمانين ، وما كان كذلك فإجراء القياس فيه متعذر ؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع ، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس[1] .

١٣٧ — القياس فى الجرائم والعقوبات : واختلف الذين لايجيزون القياس فى كل الأحكام فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات ، فقال بعضهم إنه جائز ، وقال بعضهم إنه غير جائز ، ولكل حجته .

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان : —

الأولى : — أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذاً بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيى ، فأقره الرسول على قوله : أجتهد رأيى ، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه ، فدل ذلك على جواز القياس فى الجرائم والعقوبات .

الثانية : — أن الصحابة لما اشتوروا فى حد شارب الخمر قال على رضى الله عنه إنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فحدوه حد المفترى ،

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ٤ ص ٩٠ وما بعدها .

فقاس حد الشارب على حد المفترى ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعا .

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج : ـ

الأولى : ـ أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التى لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل ، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الثانية : ـ أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة ، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال الخطأ شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

والثالثة : ـ أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة ، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً ، ولم يوجبها فى الردة مع أنها أشد فى المنكر وقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه [1]

وقد تكون حجج هذا الرأى من القوة بحيث ترجحه على الرأى الأول خصوصاً إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس ، وإنما كان تقريره نتيجة للاجماع عليه ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ؛ لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما ، وإنما الذى جعله كذلك هو الإجماع عليه .

على أنه يجب أن نعرف أن القياس فى العقوبات يقتضى قبل كل شىء القياس فى الجرائم ، وأن القائلين بجواز القياس فى الجرائم ، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التى تنطبق فيها النصوص ، فالقياس فى الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً ، وإنما هو مصدر تفسيرى يساعد على تعيين الأفعال التى تدخل

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للامدى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

تحت النص ، فإذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التى تتوفر فيها علة التحريم ، كإلحاق اللواط بالزنا ، و إلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد ، و إلحاق المسكر بالخمر عند البعض ، و إلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ الكفن سارقاً وهكذا . ولا ضير من الأخذ بهذا الرأى الذى تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع فى تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٣٨ — القياس فى الإجراءات : — و يسلم الفقهاء بالقياس فى الإجراءات الجنائية ، بل يسلمون بالقياس و بغيره من المصادر الأخرى التى لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ، ومذهب الصحابى ، فمثلا يرى البعض أن يكون الإقرار فى السرقة مرتين قياساً على اشتراط الأقارير الأربعة فى الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه . ويرى البعض جواز شهادة النساء فى الجرائم قياساً على جواز شهادتين فى المسائل المدنية ، ويجمعون على الحفر للمرجوم وهو مذهب على ، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر مع شهادة الشهود فى إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ — سلطة القاضى فى تفسير النصوص : للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها إذا وجد غموضاً أو خفاء فى دلالتها ، أو تضارباً بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى فى فهم الأحكام من النصوص ، و بعض هذه القواعد لغوية و بعضها تشريعية .

الفرع الأول

فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ ــ كيف استنبطت هذه القواعد ؟ : استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض ؛ لأن بعضها يكون واضحاً و بعضها يكون غامضاً ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى ، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض فقواعد التفسير اللغوية يقتضى العلم بها أن ندرس (أولا) دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها (ثانياً) وضوح الدلالات وغموضها (ثالثاً) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها . وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق فى فهم معانى النصوص الشرعية ، ولكنها فى الواقع تطبق أيضاً فى معانى أى نص غير شرعى ما دام مصوغا فى لغة عربية .

١٤١ ــ أولا : ــ دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها : ــ من المسلم به أن لكل لفظ دلالته ، ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعى وهو مكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة ، وقد يكون له أكثر من دلالة ، و يستدل بالنص عادة على دلالاته أى مفهوماته وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة : ــ

الأول ــ مفهوم العبارة : ــ وهو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغة النص ، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص ؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه ، ثم

يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثانى ــ مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله ، ولا يتبادر إلى الذهن من الاطلاع على صيغة النص ، ولـكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه ، فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه ، مثل قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلامن اللهورضوانا﴾ فمفهوم العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفىء، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملـكهم ؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم أن لا تكون أموالهم على ملـكهم .

الثالث ــ مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومعقوله فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحـكم ، فـكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توفرت فيها علة الحـكم ، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحـكم ، على أن تـكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أفٍ ولا تنهرهما ﴾ فقد نهى الله عن التأفف من الوالدين ونهرهما وحرم ذلك ، وهذا هو المفهوم من عبارة النص ، ولـكن الذى يفهم من دلالته أن كل ما ساوى التأفف أو كان أشد منه محرم أيضاً ، لتوفر علة التحريم فيما يساوى التأفف ، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم . أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .

ويسمى الاستدلال على هذا النحو بالقياس الجلى لظهور وجه المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة ؛ لأن المسكوت عنه موافق للنص فى علة الحكم موافقة تفهم بمجرد فهم عبارة النص ، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب أى روحه وما يعقل منه .

الرابع ـ مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولـكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج ، وهذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل.

الخامس ـ مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص . وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لـكل نص دلالتين : دلالة على حكم معين فى منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحـكم فيما يخالفه ، أى فى مفهومه المخالف ، فقوله تعالى : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص ، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف ، فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحـكم بمفهومه المخالف . فمفهوم المخالفة ليس مسكوتاً عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه ، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقاً لهذا الرأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأى الراجح .

١٤٣ — تعارض المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الإشارة ؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولـكن الشارع لم يقصده لذاته .

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة ؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى

اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التى اختارها الشارع للمعنى الذى نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره ؛ لأنه المعنى الذى لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأى الراجح مسكوت عنه ولاعمل له .

١٤٣ ـ ثانيا ـ وضوح الدلالات وغموضها : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس فى دلالته غموض ولا إبهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة فى وضوح دلالته ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

١٤٤ ـ أقسام الواضح الدلالة : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الظاهر . (٢) النص . (٣) المفسر . (٤) المحكم .

١٤٥ ـ الظاهر : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة ، مثل قوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ فإحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظى أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سيقت أصلا لنفى المماثلة بين البيع والربا ، رداً على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه مالم يقم دليل يقتضى العدول عن

ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره ، أو إرادة معنى آخر منه .

و إذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، و إذا كان مطلقاً احتمل التقييد . و إن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازى ، إلى غير ذلك من وجوه التأويل ولا يكون التأويل صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعى : من نص ، أو قياس ، أو روح التشريع ومبادئه العامة ، فإذا لم يبن على دليل شرعى كان تأولا باطلا .

١٤٦ ـ النص : ـ هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق ، فمتى كان المعنى ظاهراً بوضوح من اللفظ ـ وهو المقصود أصالة من السياق ـ كان اللفظ نصا عليه ، فقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ نص على نفى المماثلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل .

١٤٧ ـ المفسر : ـ هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجملا غير مفصل إذا ألحق به الشارع مايفصله ويزيل إجماله ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ فهو نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لايحل قتل امرىء مسلم إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان ، وقتل نفس بغير نفس» .

حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره ، والتفسير الذى ينفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ - المحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكتبه ورسله ، أو لأنه من أمهات الفضائل التى لا تختلف باختلاف الأحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أو لأنه حكم فرعى جزئى أيده الشارع ، كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ والمحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل .

حكم المحكم : يجب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩- حكم التعارض : - إذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل ، وإذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر .

١٥٠ - أقسام الغامض الدلالة : ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام :

(١) الخفى . (٢) المشكل . (٣) المجمل . (٤) المتشابه .

١٥١ - الخفى : - الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو أن له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد ، مثال ذلك لفظ السارق ، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار - أى النشال - نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال

من حاضر يقظان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأعين ، فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه ، هو جرأة المسارقة ، ومن ثم فقد سمى باسم خاص ، ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى ، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر . فلفظ السارق يعتبر خفياً بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد ، فإن رأى القاضى أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ، وطبق عليهما حكم السرقة ، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذى حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار سارقاً ولكنهم اختلفوا فى اعتبار النباش كذلك.

١٥٢ - المشكل : - هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع منه ، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع ، كلفظ القرء فى قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه موضوع للطهر والحيض ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى قصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضى إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد منه ، وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن يؤولها تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، على أن

يعتمد فى تأويله على نصوص أخرى ، أو على مبادىء الشريعة العامة وحكمة التشريع فيها .

١٥٣ – المجمل : هو اللفظ الذى لايدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التى نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعياً خاصاً لامعناه اللغوى ، فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ فى نص شرعى كان مجملا حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرهما مما جاء مجملا فى نصوص القرآن .

ومن المجمل اللفظ الغريب الذى فسره القرآن ، كلفظ القارعة فى قوله تعالى : ﴿ القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتكون الجبال كالعهن المنفوش ﴾ .

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس فى صيغة اللفظ ولا فى القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه ، فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان لمجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه ، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافى من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضى أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

١٥٤ – المتشابه : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه ، ولاتوجد قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره .

وليس فى النصوص التشريعية شىء من المتشابه ، فلا يوجد فى آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وإنما يوجد المتشابه فى مواضع أخرى ، ومن أمثلته الحروف المقطعة التى بدأت بها بعض سور القرآن .

١٥٥ ـ ثالثاً ـ اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذى وضع له إلى : مشترك ، وعام وخاص : ـ

١٥٦ ـ اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل ، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر ، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فإنه يعنى اليمنى واليسرى ، ويعنى من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى ، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره ، فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد وموضوع شرعا لحل قيد النكاح ، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلا من اللفظ إلا أحد معانيه ، وللقاضى أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد ، ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو فى قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما

يستعمل للحال ، فإن أريد به الحال كان النهى وارداً على مالم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله ، وإن أريد به العطف كان النهى وارداً على مالم يذكر اسم الله عليه مطلقا ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره ؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل أى على أن يحل معنى بدلاً من آخر ، ولأن بعض المعانى متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد .

١٥٧ - اللفظ العام : هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين ، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعا ، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية ؛ لأنه نكرة فى سياق النفى وهى تدل على العموم .

والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ — لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

٢ — المفرد المعرف بأل الجنسية مثل قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ : فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق فى كل فرد ، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

٣ — الجمع المعرف بأل الجنسية أو المعرف بالإضافة ، ومثل الأول

قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ومثل الثانى قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

٤ — النكرة فى سياق النفى مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : «لا يقاد والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ — الاسم الموصول مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

٦ — اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمداً ﴾ وقوله : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

٧ — اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له ﴾ .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول .

١٥٨ ـ دلالة العام قطعية : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لغة لهذا العموم ، ولم يقم دليل يصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعيا لا ظنيا ؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعاً ، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية « العام الذى لم يخصص يتناول جميع أفراده قطعا » .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفراده بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيا لا قطعيا ؛ لأن النص الذى خصص العام أولا لا بد أن يكون معللا ، وهذه العلة قد تتحقق فى فرد آخر مما بقى بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملا للتخصيص ، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاسوا المصاهرة على النسب ، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ ـ ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام الذى لم يخصص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : أن العام فى نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة ؛ لأن كليهما ظنى الدلالة ، والظنى لا يخصص القطعى . أما إذا خصص العام بقطعى فيصبح بعد ذلك أن يخصصه قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظنى الدلالة ، ومن ثم يصح تخصيصه بظنى مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذى لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان ؛ لتساويهما فى أن كلا منهما قطعى الدلالة ، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص ، لأنه يصير ظنى الدلالة فلا يعارض النص الخاص وهو قطعى الدلالة ، ويكون الترجيح للقطعى .

على أن البعض يرى أن العام ظنى الدلالة فى كل الأحوال ، لأن استقراء نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة « ما من عام إلا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأى أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس ، وبالسنة غير المتواترة ، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لايتعارضان ، بل يرجح الخاص لأنه قطعى الدلالة ، أما العام فظنى الدلالة ، والقاعدة أن القطعى والظنى لايتعارضان لعدم تساويهما ، وأن التعارض لايكون إلا بين متساويين .

١٦٠ - **تخصيص العام** : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض مايتناوله من الأفراد بحيث لايدخل تحت حكم النص إلاما بقى من أفراده بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص إلا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ - **الدليل غير المستقل** : هو ما كان حزءاً من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد فى قوله تعالى :﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ .

١٦٢ - **الدليل المستقل** : هو مالم يكن جزءاً من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادىء العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية ، كما فى النصوص التى جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدوا الأهلية كالمجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقا لمبادىء الشريعة العامة ، فكأن هذه المبادىء العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة .

النوع الثانى : العرف : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام :« لاقطع إلا فى ربع دينار » . فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : النص الشرعى : فقد يخصص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص فى مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته أو أن يكون أعلا منه ، و ينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضاً وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضا ، إذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة ، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور ، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور بحديث من أخبار الآحاد ؛ لأن القرآن قطعي ، وفي حكمة الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظني.

١٦٣ - **المقصود من التخصيص** : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام ، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر ، والقاعدة أنه لا يبين النص إلا ما كان في درجته أو أعلى منه ، ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

١٦٤ - **اللفظ الخاص** : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التي تدل على عدد من الأفراد ، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ - **حكم اللفظ الخاص** : إذا ورد اللفظ الخاص في نص شرعي فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذي وضع له ، مثل قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا تحتمل الثمانون أو العشرة نقصا أو زيادة .

لكن إذا قام دليل يقتضي تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة في قوله صلى الله عليه وسلم : « في كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزئ في زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها ، ولا تجزئ قيمتها ، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة في التضمين تقتضي تأويل هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهي تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا

إطعام المساكين العشرة ، فرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات ، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

١٦٦ ـ **حالات اللفظ الخاص** : للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتى فى صيغة الطلب أى الأمر ، وقد يأتى فى صيغة النهى .

١٦٧ ـ **المطلق والمقيد** : المطلق هو مادل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصرى . والمقيد هو مادل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصرى مسلم .

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده ، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق و يعين المراد منه ، كقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «لا يقاد والد بولده» فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر ، فإن كان الحكم الوارد فيهما متحدا ، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى فى سورة المائدة : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق وقوله تعالى فى سورة الأنعام: ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد ، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم ، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها ؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو

علة الإطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقوله : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف ؛ لأنه فى الأولى القتل ، وفى الثانية المظاهرة ، فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان أى بأن يكون صاحبها مؤمنا تشديدا للعقوبة ، ولم تقيد الرقبة بشىء فى حالة المظاهرة ؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعتق أية رقبة .

١٦٨ ـ صيغة الأمر : إذا ورد اللفظ الخاص فى صيغة الأمر أو فى صيغة الخبر التى تعنى الأمر فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه ، كقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ فالأول يوجب قطع يد السارق ، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء .

ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : ﴿ كلوا واشربوا ﴾ فإنه للإباحة وقوله : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإنه للندب ، وكالتهديد فى قوله : ﴿ اعملوا ماشئتم ﴾ وكالتعجيز فى قوله : ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾ وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن ، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨ م ـ صيغة النهى : إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى ، أفاد التحريم أى طلب الكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾ وقوله : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ﴾ .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة ، مثل قوله تعالى : ﴿ رَبَّنا لا تُزِغْ قُلُوبَنا ﴾ فهو للدعاء وقوله ﴿ لا تسألوا عن أشياء إن تُبْدَ لكم تَسُؤْكم ﴾ فهو للكراهة .

الفرع الثانى

فى القواعد التشريعية التى تراعى عند التفسير

١٦٩ - ماهية القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية التى يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية وقد استمدوا هـذه القواعد من استقراء الأحـكام التى جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام ، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة ، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة ، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد ، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا ، فإذا راعى القاضى أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد فى معرفة الأحكام مالم يكن هناك نص صريح .

١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا ، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة ، ولا يمـكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه ، والذى يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع . وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها ، فيجب إذن على كل باحث فى التشريع الإسلامى أن يلم قبل كل شىء بمقاصد الشارع من التشريع ، وأن يعرف الوقائع التى نزلت من أجلها نصوص القرآن ، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص . وأسباب النزول والورود مبينة فى كتب التفسير والسنة ، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع فى ثلاثة مقاصد : —

١٧١ - المقصد الأول : وهو حفظ كل ضرورى للناس فى حياتهم

والأمر الضرورى هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء (١) الدين (٢) النفس (٣) العقل (٤) النسل (٥) المال . وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل إيجاده وإقامته ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضرورى .

١٧٢ - المقصد الثانى : توفير ماهو حاجى للناس : والأمر الحاجى هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكاليف وأعباء الحياة ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف ، وييسر طرق التعامل .

١٧٣ - المقصد الثالث : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسينى هو ماتقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضرورى ، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجى ، ولكن تكون حالهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤- ترتيب المقاصد العامة من التشريع : الضروريات هى أهم المقاصد إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى ، وتليها فى الأهمية الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة فى الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية ، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس فى الحرج ، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ماتستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة ، ثم تليها التى شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا

ومن المقرر أنه لا يراعى حكم تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم حاجى ، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى ، ولذا أبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاج أو جراحة : لأن ستر العورة أمر تحسينى ، والعلاج أمر ضرورى ، وأبيح تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة ؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى . والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى .

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع المشقة والحرج أمر تحسينى ، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل . وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير ، كان للإنسان أن يقى نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال .

١٧٥ ـ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب . وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقا لله ؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكاماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها إقامة الدين ، والدين فى التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام ، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أى : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقة والحرابة ، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها .

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لأن الجريمة تمس الأعراض ، ففى العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن فى عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الأعراض ، وتؤدى إلى التنابز والتعادى ، وتشويه السمعة ، وتلويث الأمهات والأولاد ، والتشكيك فى نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثل القتل ، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الأفراد مساسا مباشراً ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد ، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة [١] .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقاً ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة ، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى .

---

(١) راجع الفقرتين ٣٨١ ، ٤٧١ .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الـكثيرين منهم يرون بحق ، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها ؛ لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ، ويجتنبوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فـكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكما مايرتب حقاً مجرداً للفرد ففي ذلك كثير من التجاوز ، ولا يعتبر هذا القول صحيحاً على إطلاقه ، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلا أو آجلا ؛ لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ - الاجتهاد : الاجتهاد فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى ، من دليل تفصيلى ، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحـكام .

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لأنه قطعى الورود ، أى : لاشك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث ، ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحـكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ فلا مجال للاجتهاد فى معاقبة الزانى بالجلد ، ولا فى عدد الجلدات ، وكذلك لا اجتهاد فى كل العقوبات المقدرة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحـكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة فهو محل للاجتهاد وللمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا ، ومن حيث دلالته على معناه .

ومجال الاجتهاد واسع فيما لا نص فيه فالمجتهد يبحث الواقعة التى لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ،

أو العرف ، أو المصالح المرسلة ، وهذا ممكن فى المسائل المدنية والشخصية ، وفى الإجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات ؛ لأن الجرائم والعقوبات لا بد فيها من النص الصريح ، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا .

١٧٧ - كلمة ختامية عن قواعد التفسير : هذه هى القواعد العامة اللغوية والتشريعية التى وضعها الفقهاء للاهتداء بها فى تفسير النصوص ، على القاضى أن يستعين بها فى تفهم النصوص ، ومعرفة مراميها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته فى تفسير النص أو إعماله ، أو إبطاله . وإذا كان للقاضى المدنى أن يطبق هذه القواعد بتوسع . وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه ، إلا أن القاضى الجنائى مقيد بأن يحصر اجتهاده فى تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل ، وليس للقاضى الجنائى أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعى فى كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله: « إن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة» وسنتكلم عن هذين المبدأين فيما يلى :

١٧٨ - المبدأ الأول : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحدود هى العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً ؛ لأنها عقوبات غير مقدرة[1]

(١) راجع الفقرات ٥١ ، ١٠٣ ، ٤٤٠ .

والأصل فى هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة[1]

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفاً بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبّلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا . وجىء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما إخاله سرق ؟ » ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا ، قال لها نحواً من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار ، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره ، ولو لم يكن للعظول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية ، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه؟ وما كان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصده الرسول عليه السلام .

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء . أنه نستحب للقاضى أن يعرض للمقر

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

بالرجوع عن الإقرار إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار[١] .

١٧٩ — *تعريف الشبهة* : الشبهة هى ما يشبه الثابت وليس بثابت[٢] أو هى وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[٣] ، ومن الأمثلة على الشبهة: (١) شبهة الملك فى سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية ؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصاً للغير وإنما أخذه متلبساً بماله (٢) وشبهة الملك فى سرقة الأب من ابنه ، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » . (٣) وشبهة الملك فى اللواط بالزوجة ، فإتيان الزوج زوجته فى دبرها محرم ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛لأن الزواج يجعل الزوجة فى ملك الزوج ،ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة فى أن له أن يلوط بها وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد .

ومن الأمثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة فى عدم الثبوت ؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام ، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٣) المغنى الجزء العاشر ص١٠٢ .

الآخر شبهة ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

فمن وجد امرأة فى فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته درئ عنه الحد عند مالك والشافعى وأحمد(١) ؛ لأنهم يرون فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه فى أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة(٢) فلا يرى فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة ، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من أقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبى حنيفة ، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد ، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد(٣) ، ويريان ما يراه مالك والشافعى وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجانى عالماً بالتحريم(٤) .

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة ، أو المطلقة ثلاثاً ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجانى عالماً بالتحريم؛ لأن العقد فى رأى أبى حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد(٥) . ولا يرى مالك والشافعى وأحمد درء الحد فى هذه الحالات ؛ لأنهم لا يعتبرون العقد شبهة(٦) .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعى وأحمد(٧) .

---

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ – شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٨ – المغنى الجزء العاشر ص ١٥٥ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ – أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ – المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ – أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٧) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ – أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لاستباح به المرأة . وحجة أبى حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة[١] .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ماهو مباح الأصل ، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده ؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والإباحة الأصلية تورث شبهة فى بقاء المال مباحاً بعد إحرازه ، والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال[٢] . أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد ؛ لأنهم لا يرون شبهة فى كون المال مباح الأصل[٣] .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه ، ويرتب على ذلك أن لا قطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها ، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها ، وحجته أن الناس لايتمولون هذه الأشياء عادة ، ولا يضنون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرها ، ويعدون الضن بها من باب الخساسة ، ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشىء التافه ، ولكنه يسلم بأن الشىء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشىء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً فى سرقته . ويخالف أبو يوسف أبا حنيفة ، ويرى أن الحد لايدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين ، ولايدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوما ، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال . ويخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبى حنيفة ولا يرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب[٤] .

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٣) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥ ــ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١ ــ المغنى الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

(٤) المراجع المذكورة فى رقمى ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما يتسارع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ، ويأخذ برأيه مالك والشافعى وأحمد ، وهم لا يرون شبهة فى كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد[١] .

ولا يرى أبو حنيفة القطع فى سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه[٢] ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع فى سرقة باب المسجد ، لأنه محرز ولا شبهة فى عدم تحريزه[٣] .

١٨٠ — أنواع الشبهة : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة ، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبه واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة فى المحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو إتيان الزوجة فى دبرها ، فالشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم ؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهى حائض أو صائمة أو أن يأتيها فى الدبر ، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته ؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ — شبهة فى الفاعل ، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، ثم تبين

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٣) شرح الزرقانى ثامن ص ٩٩ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠ — المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥

أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتى محرماً ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد ، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ — شبهة فى الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه فى حل الفعل وحرمته وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، و يدرأ فيه الحد ، فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى ، ويجيز مالك النكاح بلا شهود ، و يجيز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطء فى هذه الأنكحة المختلف عليها زنا يحد عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة [١] .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة فى الفعل[٢] ، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً فى عدتها [٣] .

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجانى الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلا .

الثانى : الشبهة فى المحل ، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك ، و يشترط

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٣) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى ثمانية مواضع فى جريمة الزنا ، أحدها إتيان المطلقة ثلاثا أثناء العدة ، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة فى هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل فى جريمة الزنا .

فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثانى يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذى يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع ؛ لأن النص الثانى يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما ، فالشبهة فى المحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل[1] .

ويضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات ، وهو شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الجانى عالماً بالتحريم ، ولكن أصحابه وباقى الأئمة الأربعة يخالفونه فى هذا ، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجانى يظن الحل و يعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأى أبى حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة المحل ، وشبهة العقد .

١٨١ - مايترتب على درء الحدود بالشبهات : تختلف النتائج التى تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، فى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه ، وفى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد و إحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه فى ثلاث حالات : الأولى : إذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة ؛ فمن زفت إليه غير زوجته ، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ،

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

و إنما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائى لديه ، والقصد الجنائى ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لايعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً ؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة ، وهو كون المال مال الغير . الثانية : أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم ، فمن تزوج بلا شهود او بلا ولى ، أو تزوج زواج متعة ، لا يعاقب حداً ولا تعزيراً اعتباره زانياً ؛ لأن العلماء اختلفوا فى هذه الأنكحة فأحلها بعضهم ، وحرمها البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك فى انطباق نص الزنا على هذه الأفعال ، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة إليه . الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة ، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمراً ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ، درئ الحد لشبهة صدق الشاهدين فى عدولهما ، و برئ المتهم مما نسب إليه . و إذا نسب إلى شخص يجن و يفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، درئ عنه الحد ؛ لشبهة عدم التكليف ، و برئ مما نسب إليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدى فى الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة ، فالأب يدرأ عنه الحد فى سرقة مال ولده ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك» ولكنه يعزر ؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة فى المحل ، ومن يأت زوجته فى دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة فى المحل ، ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرماً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد عند أبى حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافهاً كالتراب ، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه حد السرقة عند أبى حنيفة ؛ لشبهة التفاهة والإباحة ، ولكنه يعزر . ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد فى رأى أبى حنيفة لشبهة عدم الحرز ، ولكنه يعزر . و إذا نسب إلى شخص سرقة مثلا ، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ ، درئ عنه

الحد ، وعزر على ما نسب إليه ، ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره ، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد ، ولكنه يعزر بدلا من عقوبة الحد . والفرق بين عدول المقر عن الإقرار ، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزر عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم . وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله ؛ على أنه إذا تبين أن الإقرار كان نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجباً ، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب فى إقراره ، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة ، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه جانب الصدق ، فيصلح دليلا يعزر به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٣ — هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ :—
الأصل فى قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود ، ولا تطبق فى حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية ؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع ، وليس للقاضى أن

يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا فى حالة درء الحد للشبهة .

١٨٣ — المبدأ الثانى تفضيل الخطأ فى العفو : من المبادئ العامة المقررة فى الشريعة أن الخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة ، وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام : « إن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجانى ارتكب الجريمة ، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فإذا كان ثمة شك فى أن الجانى ارتكب الجريمة ، أو فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجانى ، وجب العفو عن الجانى أى : الحكم ببراءته ؛ لأن براءة المجرم فى حال الشك خير للجماعة . وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البرىء مع الشك

ومبدأ الخطأ فى العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ فى العفو على الأقل فى الحالات التى يؤدى فيها درء الحد لتبرئة الجانى .

١٨٤ — القانون والشريعة : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشريعة فى التفسير ، وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضى فى تفسير النصوص الجنائية ، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة فى حماية المصالح العامة ، إلى التوسع فى تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضرورى فى السرقة ؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة ، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق ، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرباء منقولا ؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة ، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التى تتبعها المحاكم يحبذها أكثر الشراح ، وهى عين الطريقة التى تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة فى القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم ، وتطبيق هذه القاعدة

قد يؤدى إلى تخفيف عقوبة الجانى ، وقد يؤدى إلى تبرئة المتهم ، فمثلا إذا شكت المحكمة فى توفر ركن الإكراه فى السرقة بالإكراه ، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم ، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وإذا شكت المحكمة فى ثبوت الجريمة ، أو فى توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم فى القانون ، يقابل فى الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ فى العفو ويؤدى إلى نفس نتائج هذين المبدأين[1].

المبحث الرابع

فى تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ — التعارض : إذا تعارض نصان فى قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن ، وإما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا ، ويرجح المحكم على المفسر ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجح العام على المخصص . ومن جهة السند يرجح الخبر الذى رواته من أهل الفقه والأمانة على غيرهم .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة ، وتخصيص

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٦ — ١١٠ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ — ١١٥ .

الآخر بحالة أخرى ، أو بجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوى ، والثانى مبينا الحكم الأخروى ، أو بجعل أحدهما حقيقيا ، والثانى مجازيا أو بغير ذلك .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر ، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة ، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد .

ويراعى دائما فى حالة الترجيح، والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ، لتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة .

١٨٦ — النسخ — هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا إبطالا كليا أو جزئيا لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع ينص صراحة على إبطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث فى تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس فى البيوت والإيذاء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ، إن الله كان توابا رحيما ﴾ ثم نسخ ذلك صراحة بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ و بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » . ومثل النسخ الصريح أيضاً قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ، ألا فزوروها ، فإنها تذكركم الحياة الآخرة » .

والنسخ الضمنى هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لا ينص فيه صراحة

على إبطال التشريع السابق ، ولكنه يأتى فى التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .

والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئى هو أن يجىء التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

١٨٧ — **محل النسخ** : محل النسخ هو الأحكام التشريعية ، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى أن ما ورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهى :

أولا ـ النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات ، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات ، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقة ، والفساد فى الأرض ، والظلم ، وغير ذلك .

ثانيا : ـ النصوص التى جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى: ﴿ فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية ﴾ وكقول الرسول «نصرت بالرعب مسيرة شهر» ؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به ، والكذب محال على الشارع .

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلا له ، أما ما عداها من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ — متى كان النسخ ؟ وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة ، ينطبق على العهد الذى كان التشريع ينزل فيه ، وهو ينتهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ ،ولا هى محل له ، حيث لا توجد سلطة تملك تغيير ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحى ووفاة الرسول .

١٨٩ — أى النصوص تنسخ الأخرى ؟ : القاعدة العامة فى الشريعة أن النص لا ينسخه إلا نص فى قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه.والنصوص فى الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس ،وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة ، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة،وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهى لا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما،وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التى يصدرها أولو الأمر، فالإجماع أساسه اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة ، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها كلما كانت صادرة على هذا الأساس ، و إلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها .

و يتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل و بقية المصادر فروع لهما ،

ولا يمكن عقلا أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه، وإذن فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس[١] أو قانون أو لائحة .

أما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً ، وقد تنسخها السنة المتواترة ؛ لأنها كلها قطعية وفى قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً ؛ لأنها فى قوة واحدة ، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ؛ لأنها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآنى أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الوحى ،وانقطع ورود النصوص ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً،وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام ، و يبين مقيدها المطلق ؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التى انتهت إليها.

١٩٠ — حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ؛ لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة . فلا إجماع بلا مستند شرعى[٢] و إذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستنداً إلى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفاً لهما ، إلا إذا كان إجماعاً ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يترتب عليه أى أثر شرعى ، وكل ما يأتى عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً .

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١٢٦ - فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت ج ٣ ص ٨٤
(٢) فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .

شروط القياس ؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص ؛ لا شتراكهما فى علة الحكم ، فالحكم الذى يجىء عن طريق القياس هو دائماً حكم من أحكام القرآن أو السنة ، وإذا فرض أن قياساً ما ، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلاناً مطلقاً ؛ لأن من الشروط الأساسية فى الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شىء فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع(١)

المبحث الخامس

فى علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متمشية مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة ، أو خارجة على مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهى قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً ، وليس لأحد أن يطيعها ، بل على كل مسلم أن يحاربها . وسنبين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان فى الشريعة : أساس نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهى لم تجىء عبثاً ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به ، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لمخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ . [النساء:٦٤]

---

(١) راجع الفقرات ١١٥ ، ١٣٥ ، ١٦٩ - ١٧٥ .

ويقول : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ . [الحشر : ٧]
ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ : [النساء : ٥٩].

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات ، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهي عبادة باطلة ، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً . فالعمل إما أن يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح ، وإما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل ، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء .

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد ، أي في العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة ، فإذا جاءت على خلافها فهي باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان الخلل في أصل العقد أو التصرف ، أي: في ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل في وصف من أوصاف العقد أو التصرف، أي: في شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلا. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً ، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره[1] .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج ١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ — المستصفى للغزالي ج ١ ص ٩٤ ـ أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ ـ ١٠١ .

تكون باطلة بطلانا مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية ، أو خارجة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الإسلامى ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقاً لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم ، وكل مايتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية ، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة : -

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان فى الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية ، وسنبين الآن أن هـذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، وإلى الإجماع ، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل مايخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل مايخالفها ، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك : -

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع مايخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرما تحريماً قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ماجاء به الرسول ، وإما اتباع الهوى ، فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ [سورة القصص : ٥٠] .

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما: الحق ، وهو الوحى الذى أنزل على رسله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحى ، فقال جل شأنه : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ [سورة ص : ٢٧]

وقال تعالى موجها الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ؛ إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئاً ، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين ﴾ [الجاثية: ١٨ ، ١٩] فقسم الأمر بين الشريعة التى جعل رسوله عليها ، وأوحى إليه العمل بها ، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها ، و بين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالأول ونهى عن الثانى.

وقال جل شأنه : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ما تذكرون ﴾ [الأعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، و بيّن أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله[1] .

وهكذا قطعت نصوص القرآن فى تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمناً ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ، ونهت نهياً جازما عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعاً هواه منقاداً إلى الضلال ، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره ، كافرا بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ - إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه . واعتبر الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيداً ، واتباعا للشيطان ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ألم تر إلى الذين

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٣ .

يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيداً ﴾ [النساء : ٦٠] .

فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله . أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، ولا أن يقبل حكما غير حكمه [١] .

٣ ـ إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله ، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن [٢] .

٤ ـ إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدى الله ورسوله ، واتقوا الله إن الله سميع عليم ﴾ [الحجرات : ١] أى لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتى ، ولا تعطوا أمراً حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ، ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٦ .
(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون ﴾ [الحجرات : ٢] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سبباً لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه ﴾ [النور : ٦٢] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أو فعل ، ولا إلى مذهب علمي أو سياسي إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، وإن لم يوافقه ـ ثم ذهبوا إلى هذا المخالف ـ فقد انتفى عنهم الإيمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم [١] .

٥ـ إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً ، وظالما ، وفاسقاً ، فقال جل شأنه : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وقال : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة : ٤٥] وقال: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ [المائدة : ٤٧]

ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفاراً وظلمة وفاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ماقاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٨ .

عليه فهو كافر قطعاً ، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان فى حكمه مضيعاً لحق ، أو تاركا لعدل ، أو مساواة ، وإلا فهو فاسق[1]

٦ – وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكما غير حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق ، وأن يعرض عن الداعين إليه ؛ لأن الإيمان بالله وبما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ماجاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ، وسياسة ، ورأى ، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله . وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى ، وكلمة الله هى العليا[2] .

ذلك هو حكم الله ، نزل فى الصادّين عن سبيل الله ، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً ، فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحسانا وتوفيقاً . أولئك الذين يعلم الله مافى قلوبهم فأعرض عنهم وعظهم وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغاً ﴾ [النساء : ٦١ – ٦٣] .

٧ – إن الله نفى الإيمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير ، ولم يكتف فى إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه ، وأن يسلموا تسليما ،

---

(١) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥ — روح المعانى للألوسى الجزء السادس ص ١٤٥ – تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

وينقادوا للرســول انقياداً ، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها ، ولوقال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لايكون مؤمنا إلا إذا أطاع طاعة تامة ، وانقاد انقياداً تاماً كاملا لما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [النساء : ٦٥] .

ويستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام ، سواء ردّه من جهة الشك فيه ، أو من جهة ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعى الزكاة ؛ لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان(١)

٨ ـ إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة فى التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقاً لنصوص الشريعة ، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية فإن استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها موضع التنفيذ ، فإن عملها لا يحل هذه القوانين المحرمة ، ولا يبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها ، أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛ بل تظل محرمة تحريما قاطعاً على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الأفراد لامن حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ، لأن طاعة أولى الأمر لاتجب لهم استقلالا ، وإنما تجب ضمن طاعة الرسول ، ولا تجب لهم مطلقة ، وإنما تجب فى حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ ـ أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، و إعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به فى القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالا و إنما هى فى ضمن طاعة الرسول ، كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضى أن لا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول فى كل ما يصدر عن ولى الأمر ، فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول ، و بعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة (١).

٩ ـ إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقال : « إنما الطاعة فى المعروف » . وقال فى ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة » .

وفى عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمراً فتقاعسوا عن تنفيذه ، فجمع حطباً وأشعل ناراً ، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لى وتطيعوا ؟ قالوا : بلى . قال : فإنى آمركم أن تدخلوا هذه النار ، فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : « لو دخلوها لما خرجوا منها » أى لخلدوا فى النار فى الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظناً منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصروا فى الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها . وإذا كان

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥١ ـ تفسير المنار ج ٥ ص ١٨٠ وما بعدها .

هذا حال من قصر فى الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يتثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمراً مخالفاً مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟ [١] .

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لاطاعة لأولى الأمر إلا فى حدود ما أنزل الله ، فهذا أبوبكر خليفة رسول الله يقول مخاطباً المسلمين بعد مبايعته : أطيعونى ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلاطاعة لى عليكم . فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل فى حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولاطاعة ، وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لاتجب إلا فيما أمر الله ، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك [٢] ولا خلاف بينهم قولا أو اعتقاداً فى أنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وأن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر ، واستباحة إبطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع مالم يأذن به الله . إنما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة [٣] .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التى بيناها ، وإن حقهم فى التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية . والثانى - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لاتكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ - المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٣) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - روح المعانى للألوسى ج ٥ ص ٦٦ ومابعدها .

الشريعة ، ويشترط فى هذه التشريعات قبل كل شىء أن تكون متفقة مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهى تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادىء الشريعة العامة ، وإذن فهى فى حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ - إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به إما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نواباً عن الجماعة الإسلامية ، فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ماجاء به ، وإن كانوا نواباً عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وماتؤمن به ، وإلا خرجوا على حدود النيابة ، لأن الجماعة لم تقمهم حكاماً إلا لإقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية . فأولى الأمر - أيا كان السند الذى يستندون إليه فى حق التشريع - ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٣ - إن الشريعة الإسلامية هى الدستور الأساسى للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل مايخالف هذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء فى التشريع ؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها فى كل زمان وكل مكان ، فتطبيقها ليس محدوداً بزمن ، ولامقصوراً على أشخاص أوأجيال أوأجناس ، وهى واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ ، ولايمكن أن تلغى أوتنسخ ؛ لأن القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية بل وفى القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لاينسخها إلا نصوص فى مثل قوتها أو أقوى منها ، أى نصوص صادرة من نفس الشارع أومن هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التى أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآناً أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة ، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحى ، ولاسنة حيث توفى الرسول ،

ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية فى درجة القرآن والسنة ؛ أو أن لها من سلطان التشريع ما لله والرسول ، ولكن الذى يمكن أن يقال وهو الواقع إن أولى الأمر منا لايملكون حق التشريع ، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول ، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول ، واستقر أمره بانقطاع الوحى ، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذاً لما شرعه الله ورسوله ، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله ، فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصاً وأحكاما أساسيه ، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هى ، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها ، ولهم فى سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية ، وإقامة الجماعة على أساسها ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها ؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا ، قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعى ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التى يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة ، ولا يمكن أن يتغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ – إن الدستور المصرى ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام . وأنه المصدر الذى تأخذ عنه ، والمرجع الذى تنتهى إليه ، والحاكم الذى تأتمر بأمره

وتنتهى بنهيه ، فوجود هذا النص فى الدستور المصرى ، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضى أن نتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلى والخارجى ، وفى كل أوجه نشاطنا ، فلا نحل إلا ما أحلته الشريعة ، ولا نحرم إلا ما حرمته ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لا نذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، و بطلان القوانين المخالفة لها ، وإنما نذكره فقط لنبين ما يقتضيه ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره ، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه ، وحكم الدين الإسلامى : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وأن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمى دستوراً أو قانوناً أو لائحة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات ، التى لا تعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل ما يخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل ما يخالف التشريعات الأساسية هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف فى تطبيقها ، فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفاً للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد ، ويجب أن لا يصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لا تشترط فى أى قانون فالهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح

والأوامر ، فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانونى اعتبر صحيحاً ولوكان مخالفاً للدستور ، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتعتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانونى ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم فى درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التى تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التى تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهى أقل درجة من الهيئة التى وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل [١] .

هذه هى نظرية البطلان فى القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها ، فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هى التشريع الأساسى للمسلمين ؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعبادة المشترعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً ، فعمرها فى القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثنى عشر قرناً ، ويكفى الشريعة فخراً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما فى القوانين ، وأن تكون النظرية التى يهلل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هى نظرية الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية فليس الذنب ذنب الشريعة ، وإنما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها .

١٦ - إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانونى لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها - القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٥ .

تؤثر على بطلان الموضوع ؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا ، والباطل صحيحاً ، ومن ثم يجب على القاضى أن لا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانونى .

١٩٤ – مدى بطلان ما يخالف الشريعة : قلنا : إن مايخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقاً ، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها ؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولوأنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة . وتعتبر النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة ، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصراً على النصوص المخالفة للشريعة فإن هذه النصوص لاتعتبر باطلة فى كل حالة ، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة ، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها ، إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً .

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن ، وجلد الزانى غير المحصن ، والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أومقدارها فى الفرج ، فما كان دون ذلك فلاحد فيه ، وإنما فيه التعزير ؛ فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لايعاقب عليه بعقوبة الحد ، وهى الرجم والجلد والفعل التام لايعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درئ الحد للشبهة أو كان الجانى صغير السن ، وعلى هذا فالجرائم التامة التى يجب فيها الحد لا يجوز

أن تطبق عليهـا نصوص القانون ؛ لأنهـا تخالف حكم الشريعة ، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتى الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامة التى درىء فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالعقوبة عليها هى عقوبة التعزير طبقاً للشريعة . والتعزير من العقوبات التى تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات ، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التى لا يعاقب عليها بعقوبة الحد أى بأية عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة فى كل حالة يجب فيها الحد صحيحة فى كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة العادية عقوبتها القطع فى الشريعة ، وعقوبتها الحبس فى القانون ، ولـكن حد القطع لا يجب إلا فى سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالعقوبة هى التعزير ، والعقوبة المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة فى كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع ، وصحيحة فى كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف فى الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولـكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمى بالزنا أو نفى النسب ، وماعدا ذلك لا يعتبر قذفا وإنما يعتبر سبا وعقوبته التعزير ، ولما كانت الأجزية فى قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة فى كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد ، وتعتبر صحيحة فى كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك[1] .

---

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ — إثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصرى لا يمس الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابعة منه .

١٩٥ - ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة : يترتب على اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبينها فيما يلي : -

أولا - من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : - يجب على القاضي أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة ، وليس للقاضي أن يحتج بأي القوانين لا تخوله حق الفصل في صحتها و بطلانها مرتكنا في ذلك إلى نفس هذه القوانين ، فإن سلطة القاضي في إبطال ما يخالف الشريعة تأتي من الشريعة لا من القوانين المخالفة لها .

ويستوي أن يحكم القاضي ببطلان النص المخالف أو يكتفي بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه ؛ لأن القاضي لابد أن يبين في حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوي تماما الحكم بالبطلان ولو جاء في أسباب الحكم فقط ولم يدخل في منطوقه ، لأنه سبب جوهري . والأسباب الجوهرية تعتبر جزءاً من منطوق الحكم .

وليس للقاضي أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرىء المتهم . ليس للقاضي ذلك ؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التي قررتها ، فإذا أخذنا بحكم الشريعة في بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة في عقوبة الواقعة ، فيجب إذن أن لا يحكم القاضي بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية ما دام مختصا بنظر الجريمة .

و إذا اقتنع القاضي ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة ، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقده حقاً ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه ، بل هو

من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهى ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائيـــا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا ـ من وجهة الاختصاص : ـ وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية . ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، ولولى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى ، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

و إذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامة العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة فلننظر إلى الجريمة ذاتها ، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصا وحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلا من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا يكون القاضى الجزئى مختصا بنظر قضايا السرقة العادية ، والقذف ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد ، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام ، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة ، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولهما : أن الفعل المكون للجريمة جعل نص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل فى بعض هذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون .

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة، وإن كان قد جعله من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها، ويمكن القول بأنه لا داعى لاختصاص محاكم الجنايات فى الزنا من غير محصنين؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التى توقعها محكمة الجنح، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه فى الشريعة إلا بعقوبة واحدة هى الجلد، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هى المختصة، ما دامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا فى بعض الصور.

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هى الرجم أى القتل بطريق معين، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات، وليس من اختصاص القاضى الجزئى. وإذا كان أحد الزانيين غير محصن، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته، ووحدة الفعل المنسوب للزانيين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن، وإن كان له أن يعاقب الزانى المحصن. أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.

ثالثاً – من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة: يترتب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية، أو مدنية، أو تجارية أو دولية إلخ. إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة. أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالا تاماً، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة.

ولا يشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كالمذهب الحنفي مثلا أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأي أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعي يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم .

وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالمخالف باطل ، ويحل محله حكم الشريعة الذي ينسجم مع بقية الحكم الذي لم يبطل دون حاجة للتقيد بمذهب شرعي معين .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على أن هذا لا يمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التي تتفق مع حالتنا الاجتماعية ، وتعديل القوانين تعديلا شاملا على أساس هذه النظريات .

رابعاً ـ من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم في الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ ـ مدى التغييرات التي ستترتب على الأخذ بنظرية البطلان :

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يؤدي تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير في أوضاعنا القانونية ؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشريعة ، وإذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وسنكتفي هنا

ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات[١] وهى ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة ، وتختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير .

١٩٧ - أولا : فى جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة فى الشريعة وهى على سبيل الحصر سبع جرائم : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحرابة ، الردة ، البغى . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة ، فإذا توفر هذان الشرطان فلابد من عقوبة الحد . وفى هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها . أما فى الحالات التى لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة ، أو درئ الحد للشبهة ، أو كانت الجريمة شروعا ، فالعقوبة فى هذه الحالات طبقاً للشريعة هى عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه إلى ولىّ الأمر ، ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق فى هذه الحالات ، وإذن فقانون العقوبات لن يعطل إلا فى جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال فى الشريعة ، أما قانون العقوبات

---

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان ؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة ، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها ، وأن نعرف النصوص الباطلة فى قوانين الإجراءات ومدى بطلانها ، وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفاً للشريعة ، وإنه صحيح إذا كان موافقا للشريعة .

فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فإن من الصعب عملا تنفيذه ، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدر دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لأنه أتى فعلا مباحا ، فإذا قتل المرتدَّ إنسانٌ وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه ؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة ؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد . وهذا الواجب ليس فرض عين وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين .

١٩٨ـ ثانياً : **فى جرائم القصاص والدية** : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترنا بسبق إصرار وترصد ، أو غير مقترن ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصرى فيعاقب بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسم ، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويجيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة ، واستبدال غيرها بها إذا

كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولىِّ المجنى عليه أن يعفو عن القصاص ، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولى الدم إما العفو مجانا ، وإما إلى الدية أو مقابلها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى ، وكان على القاضى أن يحكم بها ، ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجانا أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقاً لرأى مالك[1] أما أبوحنيفة[2] والشافعى[3] وأحمد[4] فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو ولكن ليس لديهم مايمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة . والقانون المصرى لا يجعل لعفو أولياء المجنى عليه أثراً على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفا قضائياً مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى ، وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير . فكأن المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة ، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية ، وفى حالة العفو مجاناً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ، ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام ؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقا للشريعة ، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .
(٣) المهذب الجزء الثانى ص ٢٠١ وما بعدها .
(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

ويقدرها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضى فى عقوبات التعازير .

وفى بعض الحالات يمتنع القصاص فى القتل العمد، طبقا للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحل محل القصاص كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ، وما قيل فى حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا ، طبقا للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق فى حالة العفو وامتناع القصاص ، سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص إلا مايقضى بالإعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الأساس الذى كان يقوم عليه قانون العقوبات المصرى قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع فى القتل : يختلف حكم الشروع فى القتل تبعاً لأثر الشروع ، فإن كان الشروع قد أحدث أثراً[١] يقتص منه فالعقوبة القصاص ، وإن أحدث أثراً لايقتص منه ، أو أثراً يمتنع فيه القصاص . فالعقوبة الدية أو الأرش ، والأصل عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يجيزون اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية[٢] . وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش ، مادام الفقهاء لا يمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، ومادام أولو الأمر قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هى العقوبات التى نص عليها

---

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف معانيها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ ــ شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

قانون العقوبات ، وللقاضى أن يراعى الظروف فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها ؛ لأن ذلك حقه طبقا للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذى لم يترك أثراً فعقوبته فى الشريعة التعزير ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به ، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية ، فطبقا لرأيهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح ، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية وبين التعزير فى القتل شبه العمد ؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجارح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجارح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح فى هذه النتيجة أن مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ لأن هذه النتيجة التى خلصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح ، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد . وإذن فآراء الأئمة جميعاً تؤدى إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة التعزيرية طبقاً للمادة ١٧ عقوبات أو طبقاً لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة الإسلامية هى الدية المخففة ، ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد ؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعاً يجيزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية كما هو

الحال فى القتل شبه العمد مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير .

الجراح فى العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وتعاقب بالقصاص فى إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً ، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش ، أو الحكومة . ويوجب مالك أن يجتمع التعزير مع الدية أوالقصاص تأديباً للجانى ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقا لرأى مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أوناقصة وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فآراء الجميع لاتتعارض مع نصوص القانون المصرى ، ولا تؤدى إلى إبطالها .

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أوالأرش أوالحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن ثم يجب فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة فى وقت واحد .

الضرب الذى لا يترك أثراً : تعاقب الشريعة على الضرب الذى لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل فى هذه الحالة .

١٩٩ ـ ثالثاً : **فى جرائم التعازير** : علمنا مما سبق[١] أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر ، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والمحافظة على أمنها

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

ونظامها ، ويشترط أن لا يحرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة . أو روحها التشريعية .

والقاعدة العامة التي تأخذ بها الشريعة في العقاب على جرائم التعازير : أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التي يراها ملائمة للجريمة والمجرم .

وإذا كانت تلك هي القاعدة العامة التي سارت عليها الشريعة في جرائم التعازير التي نصت عليها ، إلا أنه ليس في الشريعة مايلزم أولي الأمر بالسير على هذه القاعدة في الجرائم التي تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أوحرمها أولو الأمر ، عقوبة معينة يلزم القاضي توقيعها إذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضي إحداهما ، كذلك ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة ، بحيث لا يستطيع القاضي أن ينزل عنه ، وهذا الذي لا تمنع منه الشريعة هو الذي عمل به في قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التي تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولي الأمر ، فإن الجرائم التي تنص عليها تعتبر طبقاً للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أوغير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت في البلاد الإسلامية دون أن يراعي واضعوها نصوص الشريعة ، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما ، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم ، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدي إلى بطلان كل عملهم ، فإنه يؤدي إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية ، وعلى مالهم من حق التشريع من ناحية أخرى ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير : ـ

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر فى صلاة الإسرار ، والإسرار فى صلاة الجهر ، وكالزيادة فى الصلاة .

النوع الثانى : جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا تختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة ، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صُوَره ، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجرائم المقامرة والمراهنة ، فإن الشريعة تحرمها تحريما مطلقاً ، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان : ـ قسم يقوم على مبادىء تتفق مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة ، كقوانين تنظيم المهن ، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمكافحة الآفات والأمراض . وقسم يقوم على مبادىء تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لائحة بيوت الدعارة ، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسميا ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة ، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صوره تحريما مطلقا . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمور و بيعها وتقديمها ،

فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً .

٢٠٠ — مدى حقوق أولى الأمر فى التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر ، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث ضمنه إياه[1] وجمع الشارع الجرائم والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر ، وجعل للعقوبة حداً أدنى واحداً أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه ، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا أن لا يعاقب إلا على ما نص عليه هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها ، وبالعقوبات التى عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ، كالربا فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره

---

(١) نص الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متأثراً فى ذلك بالدساتير الأوربية ، ولا شك أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ما قصده واضعوا الدساتير الأوربية ، أى قصدوا أن لا يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى ، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها ، إذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى جاء بها الإسلام وأوجبها ، فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الدساتير الأوربية كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية ، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثانى باعتبار أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معاً .

وأيا كان مقداره ، أما القانون فلا يحرم الربا إلا فى صور خاصة ، و بشروط معينة ، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها ، والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها . و بالإجمال فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها ، واكتفى بإقامة ما نص عليه فى قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

هذا هو الذى فعله الشارع فى مصر ، وقد فعل مثله فى غير مصر من البلاد الإسلامية ، فهل فى قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة على هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر فى الشريعة ، ومدى هذه الحقوق. ومن المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر فى تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق :

٢٠١ ـ الحق الأول : حق التحريم والإيجاب والعقاب : لولى الأمر أن يحرم إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه . وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها .

وولى الأمر مقيد فى استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده فى التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، أو دفع مضرة أو مفسدة . وعلى هذا فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان فى حدود حقه ، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فإن فعل فعمله باطل ، وإذن فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت ؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها ، والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون ؛ لأن كل نص

قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف ، أما الجرائم التى تتفق فى أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ؛ لا لأنه حكم القانون ، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، ما دام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة العامّة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به .

٢٠٢ - الحق الثانى : حق تخصيص القضاء : لولى الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين ، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها ، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وحق ولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاة ، ولا يمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلا لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة . ولولى الأمر أن يحدد العقوبات التى يملك القاضى توقيعها فى جرائم التعازير ، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية فى جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التى خص قانوناً بنظرها ، ولا عبرة بسكوت ولى الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن

الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها ؛ ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها ، فإذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره ، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة ؛ ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة ما دام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعطلة .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة . والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها.

وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية. فإذا تحقق هذا الخروج كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة ؛ لأنه ليس له أن ينظر إلا ما يتفق مع الشريعة ، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل .

وإذا كان من واجب القاضى شرعاً أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ؟ .

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة ؛ ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم .ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها ، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على مالم يفكر فيه واضع القانون ، أو يدخله فى حسابه وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى

ملائماً لظروف الجريمة والمجرم ، ذلك أن الأصل فى الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها ، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ، وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وإنما له الخيار . والتعيين يختار من مجموعة العقوبات ويعين العقوبة التى يراها ملائمة ، فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها ، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضا عليها ، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى ، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط ، ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفى والقتل والحبس إلى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لأن نية ولى الأمر ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات .

أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة ، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون ، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه فى القانون ، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التى نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التى يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية .

٢٠٣ ـ الحق الثالث : **حق العفو** :[1] من المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر حق العفو فى جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم ، فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، وله حق العفو سواء فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة ، أو فى الجرائم التى نص عليها هو .

وحق ولى الأمر فى العفو مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة فإن حقه فى العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لا عفواً عن الجريمة أو العقوبة .

ولا شك أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التى حرمها ابتداء إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة فى ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضاً ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ، مادامت المصلحة العامة هى التى استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التى حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقا ؛ لأنه ليس هو الذى حرمها حتى يكون له أن يبيحها ؛ ولأن الشريعة لم تجعل له فى هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ؛ فقد نصت الشريعة على المعاصى التى رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها ،

---
(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥ .

ولكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة ، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها ، ولا يملك ولى الأمر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح مالم يبحه الله ، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له .

والعلة فى منع ولى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هى أن ولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لكانت نصوص الشريعة عبثاً ؛ لأن ولى الأمر يستطيع أن يعطلها فى أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم .

وعلى هذا لايصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛ لأن ولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفاً الشريعة ، كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق ولى الأمر فى العفو أن نقول : إن الجرائم التى يحرمها ولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هى من حق ولى الأمر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح فى الغد ما حرمه ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة كما يعفو عن العقوبة ، ولا قيد على ولى الأمر فى استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة ، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف ، فكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لكائن من كان أن يحله ، وكل عقوبة فرضتها الشريعة فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها . أما العقوبات

التى فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهى وإن كانت لازمة وواجبة إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التى فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير ، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية .

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر ، فإذا أهمل إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة ، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون إقامة الحدود من الفروض التى تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين ، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت ، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء .

وأجمع الفقهاء أيضا على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود ، فهى واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه ، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجانى دون أن يعتبر القصاص فى هذه الحالة جريمة [1] .

واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ما حرم الله ، ولا أن يبيح ما أمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم ، ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير ، فرأى مالك وأبوحنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر ليس له أن يتركه إلا إذا كان العفو

---

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ــ الأم ج ٦ ص ١٧١ ــ حاشية البنانى ج٨ ص ١١٨ ــ شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

خيراً من العقوبة ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو ، وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة ، ولصيانة النظام العام الذى تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام ، ولما كان ولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة . فنى هذه الحالة يسقط عن عاتق ولى الأمر واجب إقامة العقوبة [١] .

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر ، وليست واجباً عليه ، وأساس هذا الرأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله إذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجباً عليه [٢] .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لا يؤدى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير ؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال فى نظرية الشافعى جريمة ، وما حرمته الشريعة يحرم إتيانه ، وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال ولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولى الأمر أن لا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ؛ لأنه لم

---

(١) حاشية البنانى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادراً على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها ، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالحها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعى لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه ، ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعى يتكلمون عن هذه النظرية فى باب ضمان المتلفات ، ولا يذكرون عنها شيئاً فى باب التعزير فهم يرون أن العقاب فى التعازير من حق ولى الأمر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولى الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسئول عن ضمان مايؤدى إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه ؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التى أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلا فهو مسئول عن ضمان ما حدث ، لأنه كان يستعمل حقا والقاعدة فى الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة[1] .

فالشافعى حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين ، هى إلزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير[2] فإذا استطعنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها ، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقًا لولى الأمر عند الشافعى ، فإن ولى الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً فى نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبى حنيفة وأحمد التى تجعل لولى الأمر أن لا يعاقب تحقيقاً

---

(١) الأم الجزء السادس ١٧١ ــ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

لمصلحة عامة ، وإن جعلت العقاب فى الأصل واجباً ، فالنظريتان لا تختلفان فى نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية فى تقرير مسئولية ولى الأمر عن سراية العقوبة .

الفصل الثانى

فى سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ - قاعدة أصولية : — القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها[١] ، فلا تسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها ، ومقتضى هذه القاعد أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم .

وليس فى كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعى للنصوص ، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعى ولم تتعرض له ، فإن من يتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة فى الأثر الرجعى .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية : إن القاعدة العامة فى الشريعة هى أن التشريع الجنائى ليس له أثر رجعى ، وإن هذه القاعدة العامة لها استثناءان : —

أولهما : إن التشريع الجنائى يجوز أن يكون له أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام .

---

(١) راجع الفقرة رقم ٨٧ .

ثانيهما : إن التشريع الجنائى يجب أن يكون له أثر رجعى كلما كان ذلك فى مصلحة الجانى .

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثانى وجوبى ، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامه ، وسندلل فيما يلى على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ - القاعدة العامة « لا رجعية فى التشريع الجنائى » : - فأما القاعدة العامة فهى مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الأحكام التى حرمت المعاصى بعد أن فشا الإسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التى وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى ، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم الهامة .

فالزنا حرم فى أول الإسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة ، وهى الإيذاء والحبس فى البيوت طبقاً لقوله تعالى: ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ؛ فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك ، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] وطبقا لقول الرسول « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان للتشديد أثر رجعى لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التى وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لا يعلم أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعى .

وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً ، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائى ، والثانى : مدنى ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقدا من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعياً حيث قال الله تعالى : ﴿ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿ إلا ماقد سلف ﴾ .

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآنى المحارم اللائى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف إن الله كان غفوراً رحيما ﴾ [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين فى الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿ إلا ماقد سلف ﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ [النساء : ٣] فرق بين الزوج وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ماحدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثررجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثررجعى من الناحية الجنائية .

وحرمت الخمر والميسر على مراحل ، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم

سكارى بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سُكَارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن فى الخمر والميسر إثم ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريما قاطعاً حيث قال : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلد ، وعقوبة الميسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعى . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التى حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعى .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة : ٣٠] ولايعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعى .

وحرم الله الربا وكان مباحا بقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وبقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فَأْذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تَظْلِمُون ولا تُظْلَمُون ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه . وعملا مدنياً من وجه آخر وجاءت النصوص المحرمة بحكمين : إحداهما : جنائى . والآخر : مدنى . فأما الحكم الجنائى فيقضى بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم . وأن العقاب على ما بعده فقط . وأما الحكم المدنى فيقضى بأن ليس للدائن غير

رأس ماله فقط فالحكم الجنائى ليس له أثر رجعى ، والحكم المدنى له أثر رجعى يعود إلى الوقت الذى انعقد فيه العقد الربوى .

وحرم الله على المحرم قتل الصيد . وجعل على قتله عقوبة ، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعى ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ، ومن قتله منكم مُتَعَمِّدا فجزاءٌ مِثْلُ ما قَتَلَ من النَّعمَ ، يَحْكُمُ به ذَوَا عَدْلٍ منكم هَدْيا بالغَ الكعبة ، أو كفارةٌ طعامُ مَساكِينَ أو عَدْلُ صِياما لِيذُوقَ وبال أمْرِهِ ، عفا الله عَمَّا سَلَف ، ومن عاد فينتقم الله منه ، والله عزيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] .

هذه هى بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعى ، وهى فى هذا تدلنا على طريقة الشريعة فى التشريع الجنائى ، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارىء أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أى بانعدام الأثر الرجعى ، والبعض الآخر لم يصرح به ، وليس لهذا فى ذاته أهمية ؛ لأن النص على العفو عما سلف أى عما حدث قبل نزول النص يعتبر فى ذاته نصا عاما مقرراً لقاعدة عامة ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التى اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأنه : « لا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن ، مقدور للمكلف ، معلوم له علما يحمله على امتثاله » و يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأن : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما ، فالله جل شأنه يقول: ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ [الإسراء : ١٥] و يقول ﴿ وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ﴾ [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : ﴿ وما كان رَبُّكَ مُهْلِكَ القُرَى حتى يبعث فى أُمِّها رَسُولاً يَتْلو عَلَيْهِمْ آياتِنا ، وما كُنَّا مُهْلِكِى القُرَى

إلا وأهْلُهَا ظَالِمُون ﴾ [القصص : ٥٩]

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة فى التشريع الجنائى تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعى ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لا رجعية فى التشريع الجنائى .

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام والنظام العام :

إذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا رجعية فى التشريع الجنائى، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص .

وفى نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التى يقررها ، وإذا صح هذا الرأى لم يكن لنص القذف أثر رجعى ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك ، فإذا صح هذا الرأى كان لنص القذف أثر رجعى ، إذ الثابت الذى لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعى للنص بما ترتب على الحادث الذى نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبى . وخاضوا فى عرضها ؛ وآذوها وآذوا النبى بالإفك الذى قالوا ؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامى اضطرابا شديداً ؛ وكاد المسلمون يقتتلون ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس فى هذا الأمر . وقال : « يا معشر المسلمين من يعذرنى فى رجل قد بلغنى أذاه فى أهلى ، فو الله ما علمت على أهلى إلا خيراً ، ولقد

ذكروا رجلا ما علمت عليه إلاخيراً ، وما كان على أهلى إلا معى » فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال : أنا أعذرك منه يارسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك . فقام سعد بن عبادة فقال : ـوهو سيد الخزرج ـ وكان رجلاصالحاً ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ ، لعمر الله لاتقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنهُ ، فإنك منافق تجادل عن المنافقين ؛ فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ، ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا[1]. فهذا الحادث الذى أهم المسلمين ، وكاد يوقع الفتنة بينهم ، والذى أنزل الله فيه قرآنا ، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق مايجعل للنصوص فيه أثر رجعى ؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضا فى أسباب نزول آية الحرابة ، والذى عليه الجمهور أنها نزلت فى العرنيين ، وهم قوم من عرينة ، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمر هم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم ، فأرسل الرسول فى أثرهم فجىء بهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك قوله: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة : ٣٣] وقيل : إن الآية نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض وروى

---

(١) تفسير الطبرى ج ١٨ ص ٥٣ ـ تفسير الألوسى ج ١٨ ص ٧٩ ـ تفسير الشهاب على البيضاوى ج ٦ ص ١٥٩ .

ابن جرير أن الآية نزلت عتاباً للنبى ؛ لأنه قطع أيدى العرنيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريما للمثلة(١) .

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة و يترتب على صحة هذه الرواية أن لايكون للنص أثر رجعى؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

وإذاصحت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب العرنيين ، أوالرواية القائلة : بأنها نزلت فى قوم مشركين ، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها،ومن ثم يكون لها أثر رجعى ، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين ، وعلى هذا يكون الرأى الراجح أن الآية لها أثر رجعى .

ولاشك أن المصلحة العامة هى التى اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى،فقد كان حادث العرنيين فظيعاً ، يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرىء الناس على المسلمين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، ورعزعة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، ولكن العقاب الرادع يقتضى أن يجعل للنص أثر رجعى ، فجعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل لنص القذف أثر رجعى ، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة ، فحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعى للنص الجنائى .

---

(١) تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير المنار ج ٦ ص ٣٠٢ — تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٤٨ .

وإذا كان هناك خلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فإنه لاخلاف فى أسباب نزول آية الظهار ، وإذا كان الخلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك فى أن الشريعة تجيز الرجعية فى التشريع الجنائى ، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى ، وهذا الذى تقطع به آية الظهار ينهى الخلاف القائم فى آيتى القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها ، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعى .

ولقد كان الظهار[1] فى الجاهلية وفى أول الإسلام طلاقاً ، أى أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة ، حتى ظاهر أوس ابن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت على كظهر أمى ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه ، فقالت : يارسول الله ، طالت صحبتى مع زوجى ، وأكل شبابى ، ونثرت له بطنى ، حتى إذا كبر سنى ، وانقطع ولدى ظاهر منى . فقال رسول الله : حرمت عليه ، فقالت أشكو إلى الله فاقتى إليه ، ثم قالت : يارسول الله ، طالت صحبتى مع زوجى ، ونفضت له بطنى ، وظاهر منى ، فقال رسول الله : حرمت عليه. فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت إلى الله أشكو فاقتى . فنزل الوحى وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكتى ، فلما قضى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لى زوجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِى تُجَادِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِى إِلَى اللَّهِ ، وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ، إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من نساء بوطء من تحرم عليه من تحريماً مؤبداً بنسب أو صهر أو رضاع ، وكانت العرب تكنى عن ذلك بالظهر ، فيقول ... امرأتى على كظهر أمى ، ولذلك سمى ظهاراً لأنه مأخوذ من الظهر .

إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله ، وللكافرين عذاب أليم ﴾ [المجادلة : ١ ، ٢، ٣، ٤]

بهذه الآيات التى نزلت فى الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذى كانوا يطلقون به نساءهم منكر من القول وزور ، والمنكر من القول هو الذى لا تعرف حقيقته ، والزور الكذب ، وإنما قال الله فيه إنه كذب ؛ لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاتهم ، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم ؛ لأن ذوى المحارم لا يحللن لمظاهر أبدا ، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه ، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة ، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه .

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه ، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تعتق رقبة ؟ قال : لا. قال : فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يارسول الله إنى إذا لم آكل فى اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى . قال : فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا ، يارسول الله إلا أن تعينني ، فأعانه رسول الله ، فأطعم ستين مسكينا ، وراجع زوجته (١) .

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعى .

٢٠٧ - الاستثناء الثانى : وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجانى :

إذا صدر نص جنائى أصلح للجانى وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجانى . ولو أن الجانى ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة

---

(١) المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجانى أن لا يكون الحكم الصادر على الجانى طبقا للنص القديم قد أصبح نهائيا ، فإن كان قد أصبح نهائيا فقد انتهى الأمر به ، ولا تعاد محاكمة الجانى طبقاً للنص الجديد . والعلة فى تطبيق النص الأصلح أن العقوبة مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فإذا كانت مصلحة الجماعة فى تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجانى الذى لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة ؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس فى التشديد ، ولأنه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة ؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدما .

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل ، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين فى الفضل وتعترف بهذا التباين ، فإذا كان بينها مايكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله ، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه ، واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل ، فكانت دية النضيرى مثلا ضعف دية القرظى ، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم ، ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ؛ فقالوا له : سل فى قتل شاس فقال : إحدى ثلاث لا يغنينى غيرها . قالوا : وما هى ؟ قال : تحيون لى شاسا . أو تملئون ردائى من نجوم السماء . أو تدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لا أرى أنى أخذت منه عوضاً . فهذا هو ولى القتيل يرى أن قبيلة بأسرها لا يجزى قتلها فى قتل ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهراً طويلا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابناً له يقال له بجير . فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبجير بكليب. وكفوا

عن الحرب . فقالوا : بجير بشسع نعل كليب . فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة[(١)] .

وقد جاء الإسلام و بعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح ، فمحا حكم الجاهلية ، وسوى فى الحكم بين الناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون ﴾ [المائدة : ٥٠] سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع ، و بين دماء الأحرار ودماء العبيد ، و بين دماء الرجال والإناث ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل فى الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد ، و بهذا كان للنص أثر رجعى .

و يترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجانى نتائج منطقية هامة : —

١ — إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم فى الجريمة وكان أصلح للجانى حوكم الجانى بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة فى ظل التشريع القديم .

٢ — إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التى يقررها التشريع الجديد .

٣ — إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لاينفذ الحكم الذى صدر طبقا للتشريع القديم ؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدىء فى تنفيذه .

٤ — إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على الجانى ؛ لأنه ليس

---

(١) الأم ج ٦ ص ٧ تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٤٤ .

الأصلح له ، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ - الشريعة والقانون : - بينا فيما سبق المبادىء التى تسير عليها الشريعة الإسلامية فى سريان النصوص على الزمان ، وهذه المبادىء هى نفس المبادىء التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادىء إلا أخيراً ، فقد كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديماً أن يكون للشارع الحق فى أن يجعل لأى قانون جنائى أثراً رجعياً ، ولم يكن حقه فى ذلك مقيداً بأى قيد ، فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق ، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعى ، وقد ظل هذا المبدأ محترما من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى ، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة ، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردى ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعى كان للشارع هذا الحق ، وممن يرى هذا الرأى الشراح الإيطاليون ، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعى للقوانين التى تنشىء عقوبات أشد لأمور كانت جرائم من قبل ؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم ، ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعى للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصرى والمشرع الفرنسى للقانون أثراً رجعياً فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه[(1)]

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذى يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له فى الأصل ، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً ، ولكن له

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١١٦ ، ١١٧ - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨ وما بعدها .

استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة ، وهذه هي نفس النظرية الإسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة في سنة ١٩٤٥ حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها ، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لا في قوانين البلاد المنتصرة أو المنهزمة ولا في القانون الدولي ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل .

أما عن تطبيق التشريع الأصلح للمتهم على ماسبقه من الجرائم فهي قاعدة معترف بها في كل القوانين الوضعية تقريبا وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا في القرن الماضي .

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضي تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في الأثر الرجعي للتشريع الجنائي ، وإن مانعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات في القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا .

الفصل الثالث

في سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٠٩ - **هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟** : الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لالجزء منه ، وللناس جميعاً لالبعضهم فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ،

ولاقارة دون قارة،وهى شريعة العالم كله ، يخاطب بها المسلم وغير المسلم ، وساكن البلاد الإسلامية وساكن البلاد غير الإسلامية ، لكن لما كان الناس جميعاً لايؤمنون بها ، ولا يمكن فرضها عليهم فرضا ، فقد قضت ظروف الإمكان أن لاتطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد ، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم فكلما اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة ، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تطبق فيها الشريعة ، فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية ، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية ، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية .

٢١٠ - تقسيم العالم : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لاثالث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام ، ويسمى دار الإسلام ، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى ، ويسمى دار الحرب ؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية ، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان هذا التطبيق .

٢١١ - دار الإسلام : تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام[١] ، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام[٢] فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون ، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولوكانت غالبية السكان من غير المسلمين ، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

يظهرون أحكام الإسلام ، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون ؛ وهم كل من آمن بالدين الإسلامى وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ، ويقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام ، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية . فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهوداً ، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة ، أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن العصمة[1] فى الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان ، والأمان . ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد ، ويكون بعقد الذمة ، وبالموادعة وبالهدنة ، وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام ، لقوله عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ، ومن دخل فى أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ، ولو بقى على غير دين الإسلام فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم ، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم[2] .

والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين :[3] أمان مؤقت ، وأمان مؤبد فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة ، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين . والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به ، ولا يكون إلا بعقد الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام ،

---

(١) العصمة معناها : عدم الإباحة ، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ — مواهب الجليل ج٦ ص ٢٣١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٨ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٦٠ — ٣٦٤ ، ٣٨٠ وما بعدها — المغنى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

وعليهم فى مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام[١] .

٢١٢ - دار الحرب : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التى لا تدخل تحت سلطان المسلمين . أو لاتظهر فيها أحكام الإسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، و يستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون ، ما دام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لايدينون بالإسلام ، ويقال لأحدهم حربى . والحربيون غير معصومين ، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم و بين دار الإسلام عهد أو هدونة ؛ لأن العصمة فى الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد شيئين بالإيمان أو الأمان .

وليس للحربيين إذا لم يكن بينهم و بين دار الإسلام عهد ، أن يدخلوا دار الإسلام ، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال ، و يجوز قتله ومصادرة ماله ، كما يجوز أسره والعفو عنه .

و إذا دخل الحربى دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن ، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة ؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم وله أن يقيم فى دار الإسلام المدة التى يستأمن فيها معصوم الدم والمال ، فإذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام ، أما إذا بقى فيها مختاراً فيرى البعض أنه يصبح حربياً ، ويرى البعض أنه يصبح ذميا باختياره البقاء فى دار الإسلام ، ويعتبر معصوماً عصمة مؤبدة .

---

(١) لا يلزم الذمى كل أحكام الإسلام وإنما يلزم منها ما لا يتعارض مع معتقده الدينى [illegible] فى عصمة النفس والمال والعرض ونظام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه [illegible] لا يعتقدون حله [illegible] شرح السير الكبير ج ١٠ ص ٦١١ [illegible]

أما المسلم الذى يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلا فهو عند مالك والشافعى وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالت إقامته ، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه ؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم ، والمسلم فى دار الحرب لا منعة له ولا قوة فلا عصمة له ، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة[1] .

وكما يعتبر الحربى مباح الدم إذا دخل الاسلام دون إذن ، فكذلك يعتبر المسلم والذمى مباحى الدم للحربيين إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فإذا دخلا بإذن أو أمان سمى كلاهما مستأمنا ، على أن تكون إقامته مؤقتة ، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء ، فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه ، فإن خرج عن إسلامه صار حربيا ، وإذا أراد الذمى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربياً .

وإذا تزوج المسلم أو الذمى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمِّية . أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على الرأى الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية[2] .

٢١٣ – مدى إقليمية الشريعة : رأينا مما سبق أن الشريعة فى أصلها

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢ .

عالمية ، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام ، وقد بقى أن نعرف مدى هذه الإقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، فهل تطبق على مايرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم فى دار الحرب ؟ .

الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون فى دار الإسلام، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة، كما كان الحال فى عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون فى دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا فى دار الإسلام فقط بل وفى خارج دار الإسلام . فالمبدأ الشرعى العام إذن هو سريان الشريعة على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام ، وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها، فهى شريعة عالمية كما قلنا ، وهى بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع فى أى بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لاتسمح بتطبيق الشريعة إلا فى بلاد الإسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام ، ولو كان مرتكبها لاينتمى لدار الإسلام؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن فى دار الإسلام على كل من يوجد فى هذه الدار ، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام ؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين فى دار الإسلام وإن كان لايمكن تطبيقها على دار الحرب .

هذا هو المبدأ العام في الشريعة الإسلامية ، ولا خلاف عليه ، ولـكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التي نظر إليها كل منهم عند التطبيق ، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائي على المـكان .

٢١٤ - النظرية الأولى : - وصاحبها أبوحنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التي ترتـكب في دار الإسلام ، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتـكبها مسلما أو ذميا ؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها ؛ ولأن الذمي التزم أحكام الإسلام التزاما دائما بقبوله عقد الذمة الدائم .

أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتـكب جريمة تمس حقا لله ، أي تمس حقا للجماعة ، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتـكب جريمة تمس حقا للأفراد ، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى المستأمن .

ويعلل أبوحنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة ، بل لحاجة يقضيها ، كتجارة أو رسالة أو لمجرد المرور ، وليس في الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات ، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام ؛ وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ؛ فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى ، ما دمنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه . ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساساً شديداً ، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم ، التي تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد ، أما ما يمس [illegible] من الجرائم التي تمس حقوق الأفراد فلا [illegible] لم يلتزمه

عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة [١].

أما الجرائم التى يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم فى دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم فى دار الحرب ثم أقام بعد ذلك فى دار الإسلام ؛ لأن المسألة عند أبى حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى بأحكام الإسلام ، أينما كان مقامه ، وإنما هى واجب الإمام فى إقامة الحد ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة ؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة ، ولا قدرة للامام على من يرتكب جريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها ، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة [٢] .

ومعنى ما سبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة . ويترتب على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة ؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة .

وإذا ارتكب المسلم أو الذمى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب ، فلا يسقط هربه العقوبة ؛ لأن الفعل وقع موجباً للعقوبة ، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب على ارتكابه من جرائم ، فإن عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تمنع من العقاب على جريمته [٣] .

[illegible] حدود الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى

[illegible]

المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة فى دار الإسلام ؛ لأن أرض المعسكر فى حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعسكر لهذا دار إسلام . أما الجرائم التى ترتكب خارج المعسكر ، فحكمها حكم الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب[١] .

ويرى أبوحنيفة أن الجرائم التى ترتكب من الجنود أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام ، لقوله عليه السلام: « لا تقطع الأيدى فى الغزاة »[٢] .

ويفرق أبوحنيفة فى جرائم القتل بين عدة حالات : فإذا كان القتيل قد أسلم وبقى فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم أو ذمى من أهل دار الإسلام ، وإذا كان القتيل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . وإذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبوحنيفة أن لاقصاص ولا دية فى قتله ؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير ، ولكن محمداً وأبا يوسف يخالفان فى هذا ، ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير ، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام ، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ؛ لأن ولاية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضى[٣] .

ويجيز أبوحنيفة للمسلم والذمى إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا رباً مع حربى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا ، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان ؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أمواله غير معصومة

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٤ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ .

ولأبى يوسف رأى مخالف فى هذه النقطة ، فهو يرى أن المسلم والذمى عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولوكان مباحا فى دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم فى دار الإسلام وفى دار الحرب . ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى فى دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة . أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز [(١)] .
ومن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة أنه لا يجوز المسلم والذمى أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا فى دار الحرب ، كما لا يجوز لهما ذلك فى دار الإسلام ، فإن تعاقدا فى دار الحرب فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على آخذ الربا الضمان أى رد ما أخذه ولوكان الآخر فى دار الحرب ؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

وإذا دخل المسلم أو الذمى دار الحرب مستأمناً فأدان حربياً أو أدانه حربى ثم خرج المسلم أو الذمى إلى دار الإسلام ، وخرج الحربى إليها مستأمنا ، فإن القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لا يقضى بالغصب ؛ لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدراً لانعدام ولايتنا عليهم ، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا ، وكذلك الغصب ؛ ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون ، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى ، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام ، وإنما التزم المسلم أو الذمى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم ، وأن ينصفهم ، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمى المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه . فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئاً فقد غصب مالا مباحا له ، ولكنه حنث بعهده وغدر وآذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصفه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

والحنث والغدر فى ذاته ليس سبباً لتحريم المال المباح أو تحليل المال المحرم .

والحكم كذلك لوكانا حربيين أدان أحدهما الآخر فى دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما فىالدين ؛ لأنه لاولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى ، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين ، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى[١] .

وإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذميا فى دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب ، ولكن يقضى بالدين و بضمان المغصوب ، والعلة فى امتناع العقاب هى انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والعلة فى القضاء بالدين والضمان هى قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لايعاقب عليها ، طبقا لرأى أبىحنيفة لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم فى دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه فى حكم الحربى كالأسير المسلم أوالمسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام .

أما إذا كان المجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن المحاكم فى دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التى وقعت فى دار الحرب ، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولوكان يعتبر عقوبة من بعض الوجوه ، كالدية فإنها تعتبر تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحتة ، أما العقوبة التى فيها معنى تعويض

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ و ١٣٣ .

المجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها ؛ لأنها تحكم بها باعتبارها ضمانة لا باعتبارها عقوبة .

هذه هى نظرية أبى حنيفة فى سريان الشريعة الإسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه فى عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سىء على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً فى منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين ، أى من نسميهم اليوم بالأجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التى منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين ؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام ، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين ، وتضييع حقوقهم ، واستعلاء الأجانب عليهم .

٢١٥ ـ النظرية الثانية : وهى نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى ، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين فى دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمى ، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن ، وحجته فى ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام ، وأن الذمى ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذى خوله الإقامة المؤقتة فى دار الاسلام ، و بقبوله دخول دار الإسلام ؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم الذمى ، ولا فرق بينهما إلا أن الذمى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام ، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد[1] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ .

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبى يوسف ونظرية أبى حنيفة ينحصر فى تطبيق الشريعة على المستأمن ، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن فى كل الأحوال ، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن إلا فى الجرائم التى تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم .

ويتفق أبو يوسف مع أبى حنيفة فى أن الشريعة لا تسرى على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون فى دار الإسلام ، ولكنه يخالف أبا حنيفة فى مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبى حنيفة ، الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمى لا يجوز لأحدهما فى دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم فى دار الحرب ؛ لأنه محرم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا فى دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى أبى يوسف فى هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل فى ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف ، والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله فى دار الحرب مسلم أو ذمى ، فأبو حنيفة لا يرى فى قتله قصاصاً ولا دية ؛ لأنه فقد بالأسر عصمته ، بينما يرى أبو يوسف أن فى قتله الدية ؛ لأن الأسر لا يفقده عصمته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل ، لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة فى دار الحرب ، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام ؛ لأن ولاية الحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين فى هذه المسألة هو نفس الفرق فى المسألة السابقة .

٢١٦ - **النظرية الثالثة** : وهى نظرية مالك(1) والشافعى(2) وأحمد(3) وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب فى أى مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذمى ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً فى مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، فحكمه حكم الذمى ، ولا يختلف المستأمن عن الذمى إلا فى أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة ، والذمى إقامته مؤبدة . وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام ، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمى فى دار الحرب ، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها فى دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها فى دار الإسلام ؛ لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذمى فيستوى فى حقهما ارتكاب الفعل المحرم فى دار الإسلام أو فى دار الحرب مادام الإسلام يحرمه ، وإذا كان اختلاف الدارين لا يؤثر عل تحريم الفعل فإنه لا يؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكبها أحدهما فى دار الحرب ،

---

(1) مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٥ ، ١٦٥ - المدونة جـ ١٦ ص ٩١ .
(2) المهذب جـ ٢ ص ٢٥٨ .
(3) المغنى جـ ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣ .

ولوكان الفعل مباحا فى دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما إذا كان الفعل محرماً فى دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه فى دار الحرب .

وإذا ارتكب الذمى جريمة فى دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ؛ لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام ، وتزول صفته كذمى ، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود باعتباره حربيا مستأمناً ذمياً .

وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام ، وارتكب جريمة بعد ذلك فى دار الحرب فلا يعاقب عليها فى دار الإسلام ولوعاد مسلما ؛ لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربياً ، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام .

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامى أرضاً إسلامية ولوكان فى دار الحرب ، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم فى المعسكر أو فى خارجه ؛ لأن الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أو فى دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذى سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعى أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التى يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيش حق توقيع العقوبة ، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجانى ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعى خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام ، أوحتى يعود الجانى وحده ، وهذا الرأى يتفق مع رأى أبى حنيفة وقد سبق أن بسطناه

وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هى عقاب المسلم والذمى على الجرائم التى

يرتكبانها فى دار الحرب ، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التى ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لاتنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، فجرائم الحدود والقصاص التى ترتكب فى دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها ، أما جرائم التعازير التى ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر ، ويجوز أن لايعاقب عليها ؛ لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لايعاقب عليها إذا وقعت فى دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ليس واجباً فى كل الجرائم .

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة ، أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف فمقتضاهما أن لاعقاب على أية جريمة ترتكب فى دار الحرب مهما كان نوعها ، لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها ، والولاية منعدمة فى كل الأحوال .

٢١٧ – بين الشريعة والقانون : – هذه هى النظريات الإسلامية الثلاث وهى تكاد تكون نفس النظريات التى عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم ، فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم فى الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة فى القرون الوسطى ، وهى تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون فى إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب ، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة فى أن القانون يتبع الرعايا فى الخارج الأمر الذى لايراه أبو حنيفة ، والثانية تقضى بتطبيق القانون

على جميع المقيمين فى أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم ، أما مايقع منهم فى الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذة النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهى نفس نظرية أبى يوسف .

والثالثة — تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التى ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هى السائدة اليوم فى القوانين الوضعية ، وهى النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين تجعل العقاب واجبا فى بعض الجرائم التى تقع فى الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه ، وتترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة فى ذلك أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة فى العقاب عليه من الجرائم التى تقع فى الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لأن الجرائم التى يجب فيها العقاب طبقاً للنظرية الإسلامية هى من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها .

٢١٨ — كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام؟

يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار إسلام ، ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة ، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة ، وهو ظن لا أساس له من الواقع ، فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة ، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون فى كل بقاع الأرض يد واحدة ، يتجهون اتجاها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة ، وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة ، ولكن ليست هذه هى الصورة

الوحيدة التى تحقق أهداف الإسلام ، لأن هذه الأهداف يمكن أن تتحقق مع قيام دولة متعددة فى دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهاً واحداً ، وتسير على سياسة واحدة ، والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية ، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم فى روسيا ، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الإنجليزى ، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن فى البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التى تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات فى الدول العربية المختلفة ، ولا يتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها ، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلى ، ولا يتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية ، وأن هذه الأهداف هى أن يكون المسلمون يداً واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاههم واحداً وسياستهم واحدة .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت فى عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول: دولة العباسيين فى المشرق ، ودولة العلويين فى المغرب ، ودولة الأمويين فى الأندلس ، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح فى كل قطر إسلامى دولة إسلامية .

وتعتبر النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التى تحكمها ، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والأسبان والفرنسيين والرومان ، وكانوا يعتبرون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب .

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين: أحدهما: دار أمن وسلام للمسلمين، والثانى: دار خوف وعداء للمسلمين، وبيان الأحكام التى تسرى على المقيمين فى كل دار، وقد اعتبرت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها داراً واحدة ، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فهى من هذه الوجهة

وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لأن الأحكام التى تسرى عليها طبقاً للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام .

وعلى هذا فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديماً ، فقد طبقها الأندلسيون فى الأندلس ، والمغاربة فى المغرب ، والعلويون فى مصر ، والعباسيون فى بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها فى مصر وفى لبنان وفى سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفى المغرب ، وفى كل بلد إسلامى له حكومة تحكمه وحدود تحده .

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضى من كل دولة إسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للإسلام فى جميع بقاع العالم لا فى داخل حدودها فقط ، فمثلا إذا أردنا أن نطبق نظرية أبى حنيفة فى مصر فإننا نعاقب أولا كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلماً كان الجانى أو ذمياً ، مصرياً أو شامياً أو عراقياً أو فلسطينياً أو فارسياً وهكذا ، لأن كل فرد من رعايا أية دولة إسلامية لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لأية دولة إسلامية أخرى ، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانياً كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها فى أى بلد إسلامى آخر ، سواء كانوا يقيمون فى مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة ، بشرط أن لا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة فى محل ارتكابها ، أو فى أى بلد إسلامى آخر ؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة فى أى بلد إسلامى آخر بغير العقوبة التى توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة فى الشريعة ، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهى عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التى توجبها الشريعة على من استحقها .

وماسبق يصدق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر فى جرائم التعازير حق العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك فى جرائم الحدود ، ولافى جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التى يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ماقلنا، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً فى محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فإذا كان الفعل مباحاً فى محل وقوعه امتنع العقاب عليه فى آية دولة أخرى ، وإذا كان محرماً فى محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه فى أى محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن إقامة العقوبات فى جرائم الحدود واجبة على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولايجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها المجنى عليه أو ولى دمه ، فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى ، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر ، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لايجوز إباحتها وإن جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف ، فإنا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة فى أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها فى محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعاً ، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام ، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقاً للشريعة كل مسلم

أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة فى دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً فى حدود الدولة التى توقع العقوبة أو فى حدود دولة إسلامية أخرى .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعى وأحمد فإنا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة ، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة إسلامية على ما يرتكبه فى دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، ولكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية ، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها ، فإذا تركتها حكومة وجبت على أى حكومة أخرى تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة فى الخارج تعازير مما حرمها الشارع ، فيعاقب عليها فى كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها ، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها فى أية دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها فى الدولة التى يتبعها الجانى يعتبر إباحة لها ، وإذا لجأ الجانى بعد ارتكاب الجريمة التى تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجانى على الجريمة فى الدولة التى لجأ إليها ، لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها ، وإنما يصح أن يسلم الجانى لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك .

وليس من الضرورى للعقاب على الأفعال التى تقع فى دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم فى دار الحرب ، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التى يلتزم المسلم والذمى بأحكامها أينما كان أحدهم فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحا فى دار الحرب أو محرماً .

٢١٩ - نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية : ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية فى الداخل أو فى الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة المقررة لها فى الشريعة الإسلامية ، وأن ترك الجانى بلده وهربه منها إلى بلد

إسلامى آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه ، والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية ، واعتبار البلاد الإسلامية داراً واحدة على اختلاف أقطارها ، واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية ، وإنها لهى عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحداً فى كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى ، وبحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به بنفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى ، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام ، وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم ، ويكفى الشريعة فخراً أنها سبقت بمثلها العليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها ، وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها

٢٢٠ - ما يدخل فى دار الإسلام : يعتبر داراً للاسلام كل البلاد التى فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية ، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل فى دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر ومافوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر فى حكم دار الإسلام كل مكان فى دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى ، وتعتبر المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام .

والأصل فى الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد ؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر ، وليس فى الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطىء إلى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غيرالحربية ؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيهاإذا كانت فى مياهإقليمية تابعة لدارالحرب ، أماإذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد ، كالو كانت فى وسط البحر ، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دارالحرب ، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناهامن قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير ، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، و بين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها ، لأنهاتأخذ حكم المعسكروالسفن الحربية ، أماالطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ - الشريعة والقانون : — والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً عن الشريعة فى هذا كله ، فهى تعتبر الفضاء الذى يعلو أرض الدولة تابعاً لها ، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطىء تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطىء . وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تتبعها ، أما السفن التجارية

فيطبق عليها قانون الدولة التى تتبعها طالما كانت فى المياه التابعة لهذه الدولة أو فى عرض البحر ، فإذا كانت فى مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول فى حكم هذه الحالة ، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لاقانون الدولة التى تتبعها السفينة ، وهذا هو المتبع فى انجلترا وهو تطبيق لنظرية أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التى تتبعها ، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفى فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية فى حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ ـ تسليم المجرمين وإبعادهم : ـ ذكرنا أن الدول الإسلامية تعتبر كل منها ممثلة للاسلام فى تطبيق الشريعة الاسلامية ، فإذا جنى عراقى مثلا جناية فى العراق أمكن محاكمته عنها فى مصر ، لكن قد يحدث أن يجنى المسلم أو الذمى أو المستأمن جناية فى بلد إسلامى ثم يهرب إلى بلد إسلامى آخر ، أو يهرب إلى دار الحرب ، فتطلبه الدولة التى وقعت فى أرضها الجريمة لمحاكمته ، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن ، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر .

٢٢٣ أولا ـ تسليم المجرمين : ـ من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته فى محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها فى غير هذا المحل ، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام ، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به ، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة ، والإحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جريمته فى محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر ، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها ، والعقوبة التى تقاوم فى غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لاتؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر .

وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لمحاكمته وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لايعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين ؛ ولكل منهما وجاهته ومحاسنه وعيوبه ، وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة قدر الإمكان، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا الرأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية ، والتسليم لدولة غير إسلامية .

٢٢٤ - **التسليم لدولة إسلامية** : - ليس فى الشريعة ما يمنع من أن تسليم أية دولة إسلامية لأية دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة فإن لها أن تمتنع عن تسليمه ، لأنه لا يجوز طبقاً للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين ، فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقاً لنصوص الشريعة . ولاعبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص الشريعه ، ولاقيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة ،لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة . وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت

الدولة طالبة التسليم لا تطبق نصوص الشريعة ، أو لا تنوى تطبيقها [illegible]
لايكون إلا فى الجرائم ذات العقوبات المقدرة أى فى جرائم الحدود [illegible]

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة [illegible]
جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية [illegible]
منها أن تقيم حدوده ، وتنفذ أحكامه ، فى حالة [illegible]
غريبة عنه ، ولا يحاكم بشريعة يجهلها ، ولا يعرضه التسليم [illegible]
لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام [illegible]
عن التسليم لدولة إسلامية لا يكون الامتناع إلا [illegible]
العدالة والزجر عن الإجرام.

٢٢٥ – التسليم [illegible]
إسلامية أن تسلم رعاياها [illegible]
ارتكبوها فى تلك الدار . ولا يجوز لدولة إسلامية [illegible]
إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية ، لأن هؤلاء [illegible]

ولا تجيز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم [illegible]
لدار الإسلام من دار الحرب ، ولو طلبته الدولة التى كان [illegible]
هناك اتفاق سابق على التسليم . فإن كان هناك اتفاق سابق [illegible]
إلا الباطل منها . ويعتبر الاتفاق على التسليم باطلاً إذا كان [illegible]
أريد به تسليم المسلمين [illegible]
شرط يقضى بتسليم [illegible]
الإسلام قبل الاتفاق أو [illegible]
غير إسلامية [illegible]
يطلبونها فى دار الحرب [illegible] لقوله تعالى : ﴿ [illegible]
مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن [illegible]

إلى الكفار ، لَاهُنَّ حِلٌّ لهم ولاهم يَحِلُّون لهن ﴾ [الممتحنة : ١٠] .

وقد اختلف فى صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق ، فيرى أحمد و بعض الفقهاء فى مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به(١) ويرى أبوحنيفة و بعض الفقهاء فى مذهب مالك أن شرط التسليم باطل ، حيث لايجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأى حال(٢) ، و يفرق الشافعية بين من له عشيرة تحميه ، فى دار الحرب ، ومن ليس له عشيرة تحميه ، و يجيزون تسليم الأول دون الثانى ، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة(٣) .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يعتبر بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الإسلامية التى دخل أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها ، وهذا فى ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التى لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً على هذه القاعدة العامة ، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تعتبر داراً للاسلام وتخضع لشريعة واحدة هى الشريعة الإسلامية ، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامى فى العالم كله .

ويجوز لأى دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التى يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها فى بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك ، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته ، لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذى أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه ، إلا أن يكون هناك عهد بين الدولة الإسلامية و بين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعتبر الأمان قائما على

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٢٩٦ — روح المعانى للألوسى جـ ٢٨ ص ٦٧ ، ٦٨ — مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب جـ ٣ ص ٢٧٧ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ٢٢٧

أساس التقيد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .

وقاعدة الشريعة التى تقضى بأن لاتسلم الدولة رعاياها هى القاعدة التى تأخذ بها أكثر الدول اليوم ، ولكن بعض الدول كانجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط . فالمبدءان المعمول بهما اليوم فى العالم هما مبدءا الشريعة الإسلامية بالذات ، ولكن الشريعة تطبق كلا منهما فى حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها فى الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجانى أجنبياً . وهذا تطبيق لمبادىء الشريعة ، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجانى ، وإذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٣٦ - تسليم الأرقاء : - وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء الهاربين ، وهو مبدأ قررته الدول فى القرن الماضى بعد إبطال الرق ، ولكن هذا المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، ونستطيع أن نقول : إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين فى هذا اليوم ، فأرسلوا فى طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إنهم ماخرجوا رغبة فى دينك ، وإنما خرجوا هروباً من الرق ، فقال ناس من المسلمين : صدقوا يارسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله ، وقال : « هم عتقاء الله » .

والقاعدة فى الشريعة أن الرقيق إذا أسلم ولجأ إلى دار الإسلام ، أومعسكر المسلمين أو أسلم وبقى فى دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها فهو حر فى كل هذه الأحوال ، ولا يجوز رده[1] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٤٦ — المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ — المغنى ج ١٠ ص ٥٢٣ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

ويرى الشافعي رده في حالة واحدة ، وهي إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر إلى دار الإسلام ، وكان بين أهل دار الحرب و بين دار الإسلام عهد ، لأن العبيد الآن وأهل دار الحرب في أمان على أنفسهم وما لهم بالعهد القائم بينهم و بين دار الإسلام ، ويرد أحمد على هذا الرأى بأن الأمان أعطى لهم على ما في قدرة المسلمين عليه وما هو في قبضة المسلمين ، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب لا في قبضة المسلمين (١) .

تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين : — وتتفق الدول أيضاً على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية ، وليس في نصوص الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات ؛ لأنها لا تختلف مع قواعد الشريعة العامة التي بسطناها فيما سبق .

— **هل يمكن معاقبة الحربيين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام** ؟ : عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء إطلاقاً ، وأنها لا تجيز تسليم الرجال ما لم يكن هنالك اتفاق سابق ، وأن تسليم الرجال حتى في حالة الاتفاق مختلف عليه ، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذى لجأ من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمته التي ارتكبها في دار الحرب؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين ، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام ، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام ، فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها إطلاقاً ؛ لأن القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ماقبله . وأساس هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ﴾ [الأنفال : ٢٨] وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو مثلوا بهم ، مثل كعب بن أبي الذى آذى الرسول والمسلمين بهجائه ، ومثل وحشي قاتل حمزة بن عبد المطلب ، ومثل هند زوجة أبي سفيان التي مثلت بحمزة بعد قتله

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨ — المغنى ج ١٠ ص ٥٢٣ .

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام ، فإذا طبقنا نظرية أبى حنيفة وأبى يوسف فلاعقاب ، لأن الجرائم وقعت فى أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها ، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . و إذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب ، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال ، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، و إن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب[1] .

٢٢٩ — ثانيا — إبعاد المجرمين : — يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب : —

إبعاد المسلمين والذميين : — رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تعتبر وحدة واحدة ، وتسمى دار الإسلام . و يترتب على اعتبارها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام ، لأن نفى المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة ، و يؤدى به إلى الهلكة و يحول بينه و بين إظهار شعائر الدين ، ولأن نفى الذمى عن دار الاسلام مناقض لعقد الذمة .

و يترتب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الاسلام ، أنه لا يجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا

---

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمى من غير رعاياها ، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة .

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمى من دخول أى بلد إسلامي ، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمى من أى بلد إسلامى دخله ، لأن المسلم أو الذمى لا يعتبر بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام ، ولا عن دوله ، فكل بلد فى دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ؛ لأنها تمثل الاسلام ، ومن يعتنقه من المسلمين ، ومن يلتزم أحكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين .

و إذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول فى أرض دولة إسلامية أخرى ، أو إبعادهم عنها ، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التى تحكمها بقدر ماتستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية فى الشريعة الاسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها ، ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله فى الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة ، بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعى الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التى تحكمها ، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، و بشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، و يجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى عن أرضها ، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الابعاد . و يجوز أن يكون الابعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامى آخر ، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام و بين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعة .

ولـكنى مع هذا أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول إسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يسد الحاجة ويدفع كل ضرورة ، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، وإذا كانت الدولة لاتستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتـكتفى فى دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها ، فأولى بالدولة أن تـكتفى بنفس هذه الوسائل فى دفع الغرباء والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعلى كل دولة إسلامية إذن أن لاتبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى ، وأن لا تمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها ، وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لـكل مسلم وذمى ، أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ماذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة ، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية ، وهذا مايحاربه الإسلام ولا يرضاه .

٢٣٠ - إبعاد الحربيين : - ليس للحربيين أن يدخلوا دار الأسلام إلا بإذن خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الاسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة

فى رأى أبى حنيفة والشافعى و بعض الحنابلة[١]، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الاقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة[٢] . والأصل عند الشافعى أن مدة الاقامة لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الامام وكان فى ذلك مصلحة[٣] .

و إذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولولم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن ، أو خشى منه الاخلال بالأمن ، تطبيقا لقوله تعالى : ﴿ و إما تخافن من قوم خيانة فانبذا إليهم على سواء ﴾ [الأنفال : ٥٨] ولقوله تعالى : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربى إلى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد إلى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾ [التوبة : ٦] .

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيانته ، أو أتى ما يدل على خيانته ، و يفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة ، ويقيم فى دار الاسلام إقامة دائمة ، فهو كالمسلم فى قبضة الامام ، وخيانته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم ، أما المستأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيانته[٤] ،

٢٣١ ـ الشريعة والقوانين : تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن ، و إبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٦ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها .

على أن يقيموا إقامة مؤقتة ، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة مالم تجدد مدة الاقامة ، وهذه المبادىء التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هى نفس المبادىء التى جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضا فى عدم جواز إبعاد رعايا الدولة ، أومنعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة فى أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويكفى فى معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك ، وتفوق الشريعة فى هذه المسألة لايحتاج إيضاحا .

٢٣٢ - *الجنسية فى الشريعة* : - تقوم الجنسية فى الشريعة الاسلامية على أساس الدار ، أو بتعبير آخر على أساس الاسلام ومسالمته ، والتزام أحكامه أو الكفر به ، فأهل دار الاسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصرى عن السورى أو العراقى أو المغربى فذلك تمييز محلى أو إقليمى لاينبنى عليه حكم شرعى ولايؤدى إلى تمييز فى الخارج .

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ، ومهما تميز الانجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى فذلك تمييز داخلى فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتمعين ، على أن الشريعة لاتمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بحسب ظروفها ، فيجوز مثلا أن يكون بين المسلمين وبين الانجليز حرب ، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية فى دار الاسلام اعتناق الاسلام ، أو التزام أحكامه ، فمن اعتنق الاسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الاسلام ولم يسلم فهو ذمى ، وأساس الجنسية فى دار الحرب هى إنكار الاسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية فى الشريعة بتغيير الأساس الذى تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربى باعتناق الإسلام ، أو بالدخول فى ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام . ويشترط للدخول فى الذمة الهجرة إلى دار الإسلام ، فلا يعتبر المحارب ذمياً وهو فى بلده إلا أن يدخل البلد كله فى الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشترط حينئذ الهجرة ؛ لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام . وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام ، وإن كان أبو حنيفة يشترط لاعتباره معصوماً أن يهاجر إلى دار الاسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمى بتغير الأساس الذى تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمى بعدم التزام أحكام الإسلام ، وبالإقامة الدائمة فى دار الحرب .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدى وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمى إذا تزوج فى دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة فى جنسيته إلا إذا دخلت دار الاسلام ، فإن دخلت دار الاسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الاسلام ذمية ، وإذا تزوج المستأمن فى دار الاسلام من ذمية فلا يصير ذمياً بزواجها ، ولا تصير هى بزواجه حربية إلا إذا رضى هو أن يقيم فى دار الاسلام إقامة دائمة فيصبح ذمياً ، وإلا إذا هاجرت هى مع زوجها إلى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالاسلام دون حاجة للهجرة ؛ لأن الجنسية تتغير أصلا بالاسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذى يكسب الجنسية وإنما هو الاسلام والتزام أحكامه والاقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة ، فالذمى إذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حربيا ، وبقيت هى ذمية ، والمسلم إذا ارتد صار حربيا ، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله .

ويتبع الصغار ومن فى حكمهم كالمجنون أبويهم فى الجنسية ، فإذا أسلم الزوجان أو دخلا فى الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين ، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل

فى الذمة تبعه الأولاد غير المميزين ، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت فى الذمة تبعها الأولاد غير المميزين فى رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، وتبعوا الأب فى رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم فى الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى ، والجنسية الإسلامية هى العليا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الإسلام يعلو ولا يعلى » فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين ، بل يبقون على جنسيتهم الأولى ، فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقى أولادهما غير المميزين مسلمين ، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط[1] .

هذه هى القواعد العامة التى تقوم عليها الجنسية فى الشريعة الإسلامية ، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التى جاءت بها الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم فى القوانين على أساس الإقليم ، فكل من يقيم إقامة دائمة فى أرض الدولة فله جنسيتها . وهذا يقابل الاقامة الدائمة فى دار الإسلام وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام فى أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول فى جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة .

---

(١) المغنى ج ١٠ من ص٩٣ إلى ٩٦ ـ مجلة القانون والاقتصاد س ١ ع ١ ص ١١ـ١٤ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ .

الفصل الرابع

فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٣٣ - *تمهيد تاريخى* : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد ولايعترف بالمساواة بين المحكومين ، وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة ، وفى تنفيذ العقوبة ، وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتعدد طوائف الأمة ، فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجانى اعتبارها فى القانون ، فالعمل الذى يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأتفه العقوبات ، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع ضعته وحطته ؛ فإذا حكم بالإعدام مثلا على شريف ووضيع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضيع فى حبل كما تشنق الكلاب ، وكانت بعض الأفعال تعتبر جرائم إذا أتاها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب ، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولايحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر ؛ أو حتى جاءت الثورة الفرنسية ، فجعلت المساواة أساساً من الأسس الأولية فى القانون ، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع ، ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقاً دقيقاً حتى الآن ، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله ، فبقيت حالات من التميز وعدم المساواة اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية ، بينما راح

البعض ينتقدها ويطالب بإلغائها ، وكانت الغلبة للفريق الأخير ، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التى وضعت فى آخر القرن التاسع عشر وفى القرن الحالى ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضى على بعضها وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة ، ويعملون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق ، ولكنها الأمل الذى تحتاج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية .

٢٣٤ - أمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية ما يأتى :

ا - تمييز رئيس الدولة - : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكا كان أو رئيس جمهورية وبين باقى الأفراد ، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه السلطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها .

وتعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كالدستور الدانمركى والدستور الأسبانى قبل الجمهورية ، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس ، ويفترض أن الملك لا يخطىء ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس ، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى .

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر ، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة ، فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائياً فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى ، ودستور تشكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى ، والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائياً فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور

كما جعله مسئولا إذا ارتكب جريمة عادية ، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث فى مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولا عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسئولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسئولا عن كل الجرائم التى يرتكبها .

ولاشك أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت فى القوانين الوضعية تطوراً عظيما ، فبعد أن كانت القاعدة العامة — حتى القرن الثامن عشر — إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاماً ، أهملت تلك القاعدة ، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة .

ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم فى أى بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية ، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهى حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولايستحق شيئاً من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولا به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة ، وظل معمولا به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءاً من القانون الدولى ، والمعروف أن القانون الدولى لا يتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة .

ﺣ — تمييز رجال السلك السياسى: تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها، ويشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها، وليس لدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها، ولا يمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل ما دام يحترم القانون ويطيعه ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية: وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على مايصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم، وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه، فمنع من مؤاخذة أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين[1]، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دار المجلسين، والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

ﻫ — تمييز الأغنياء: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير

---

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى.

من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس فى كثير من الجرائم ، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل فى الاستئناف و إن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف [1] . وفى هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، إذ يستطيع الغنى دائماً أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها فى أغلب الأحوال ، فينفذ عليه الحكم فى الحال .

ويجيز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى [2] . وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغنى يستطيع دائماً أن يدفع الضمان المالى فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو فى أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه ، وقد تقص المحكمة ببراءته مما نسب إليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم ، بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر ؛ لأنه فقير .

و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فى جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن إذا كان المتهم موظفاً أو محامياً أو طبيباً أو عضواً فى البرلمان أو شخصية ظاهرة فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة ، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى ، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

---

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى .

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات .

ويجيز القانون المصرى لمن وقع عليه ضرر من جريمة أن يطالب بتعويض ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركز المضرور الاجتماعى وماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فلو أن مدير شركة وعاملا فى الشركة أصيبا فى حادث واحد بإصابات متماثلة فطالبا بتعويض لكان التعويض الذى يحكم به لمدير الشركة ضخماً كبيراً ، ولكان التعويض الذى يحكم به للعامل تافهاً ضئيلا .

وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن إصابات العمال أثناء عملهم بإصابات تؤدى إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم ، حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل فى مدة معينة ولمدة معينة . فإن كان مرتبه صغيراً كان تعويضه قليلا ، وإن كان مرتبه كبيراً كبر التعويض [1] . ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان يعملان فى مصنع واحد ، وفى حادث واحد ، وتحت ظروف واحدة ، ففقد كل منهما ذراعه الأيمن ، أو يده اليمنى ، أو إبهامه الأيمن مثلا ، فإن صاحب المرتب القليل منهما يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله .

٢٣٥ – بين القانون والشريعة : — هذه هى نظرية المساواة كما تأخذ بها القوانين الوضعية الحديثة لا تزال مهيضة الجناح ، مقصوصة الأطراف ، فلا مساواة بين الرؤساء والمرءوسين ، والحاكمين والمحكومين ، ولا بين الفرد والفرد ، ولا بين الجماعة والجماعة ، ولا بين الغنى والفقير .

وقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التى لم تتم نضجها ولم تستكمل تكوينها فى القانون الوضعى الحديث قد نضجت كل النضج وتكونت تمام التكوين ووصلت إلى أقصى مداها فى الشريعة الإسلامية وقت نزول الشريعة

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق ٦٤/١٩٣٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به

الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عليها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى آخر القرن الثامن عشر .

و يستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية ، فإن المساواة التامة التى يبحثون عنها قائمة فى الشريعة ، يحوطها من جمال التكوين ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهر أبصارهم و يحير ألبابهم ، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم و يشبع أطماعهم .

٢٣٦ - نظرية المساواة فى الشريعة : — جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة ، فقررت المساواة على إطلاقها ، فلا قيود ولا استثناءات ، وإنما مساواة تامة بين الأفراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الأجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين ، لافضل لرجل على رجل ، ولا لأبيض على أسود ، ولا لعربى على أعجمى . وذلك قول الله تعالى: ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ [الحجرات:١٣] وذلك ما أكده رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله: «الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لافضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى» وفى قوله: «إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم ، لأن الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

فالناس جميعاً فى الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، متساوون فى الحقوق ، متساوون فى الواجبات ، متساوون فى المسئوليات ، وهم فى ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم فى ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة فى حقوقهم ، وواجباتهم ومسئولياتهم ، لا فضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء انجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ،

ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكى الأبيض على الأمريكى الأسود ، ولا فضل لعربى على عجمى ، أى لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس .

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية ، ولكنه تفاضل فى حدود معينة ، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط ، فأكرمهم عند الله أتقاهم ، وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق، فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صله الإنسان بغيره ، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوى لا مادى

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى ، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين ، ولا بين الملوك والسوقة ، ولا بين ممثلى الدول السياسيين والرعاية العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده ، ولا بين الأغنياء والفقراء ، ولا بين الظاهرين والخاملين ، وسنبين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين .

٢٣٧ - المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : - تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون ، ومسئولية الجميع عن جرائمهم ، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم ، ولا يمتازون على غيرهم . وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد .

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبى ورئيس دولة لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازا،وكان يقول دائما:﴿إنما أنا بشر يوحى إلى﴾، ﴿وهل كنت إلا بشرا رسولا﴾ وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى توكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين . دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم : « هون عليك . فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد » وتقاضاه غريم له دينا فأغلظ عليه،فهم به عمر بن الخطاب ، فقال الرسول : « مه ياعمر، كنت أحوج إلى

[illegible] ونواله ، وكان أحوج إلى أن تأمره بالصبر[1] » . وخرج أثناء مرضه [illegible] بين الفضل بن عباس وعلى حتى جلس على المنبر ، ثم قال : «أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهرى فليستقد منه ، ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضى فليستقد منه ، ومن أخذت له مالا فهذا مالى فليأخذ منه ، ولا يخش الشحناء من قبلى فإنها ليست من شأنى ، ألا و إن أحبكم إلى من أخذ منى حقاً إن كان له ، أو حللنى فلقيت ربى وأنا طيب النفس » . ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى[2]

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله ، واهتدوا بهديه ، فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة ، فتكون أول كلمة يقولها تأكيداً لمعنى المساواة ، ونفياً لمعنى الامتياز . قال : أيها الناس ، قد وليت عليكم ولست بخيركم ، إن أحسنت فأعينونى ، و إن أسأت فقومونى . ثم يعلن فى آخر كلامه أن من حق الشعب الذى اختاره أن يعزله . فيقول : أطيعونى ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم[3] .

وهذا عمر بن الخطاب يولى الخلافة فيكون أكثر تمسكا بهذه المعانى ، حتى إنه ليرى قتل الخليفة الظالم . خطب يوماً فقال : لوددت أنى و إيا كم فى سفينة فى لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا ، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم ، فإن استقام اتبعوه ، و إن جنف قتلوه . فقال طلحة : وماعليك لو قلت و إن تعوج عزلوه ، قال : لا ، القتل أنكل لمن بعده[4].

وأعطى أبو بكر القود من نفسه ، وأقاد للرعية من الولاة . وفعل عمر بن

---

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩ .
(٢) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٥٤ .
(٣) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٦٠ .
(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٣٠ .

الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة[(١)] .
ولما قيل له فى ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من نفسه وأبا بكر يعطى القود من نفسه ، وأنا أعطى القود من نفسى[(٢)] .

ومن تشدد عمر فى هذا الباب أنه ضرب رجلا فقال له الرجل : إنما كنت أحد رجلين : رجل جهل فعلم ، أو أخطأ فعفى عنه . فقال له عمر : صدقت ، دونك فامتثل أى اقتص[(٣)] .

وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالى للمظلوم ، وأعلن على رءوس الأشهاد مبدأه هذا فى موسم الحج ، حيث طلب من ولاة الأمصار أن يوافوه فى الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وخطب الناس قال: أيها الناس ، إنى ما أرسل إليكم عمالا ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنة نبيكم ، فمن فعل به شىء سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : ياأمير المؤمنين ، أرأيتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه ؟ فقال : أى والذى نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه، وكيف لاأقصه منه ! وقد رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه[(٤)]

وقد جرى العمل فى الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادى ، وبالطريق العادى ، فهذا هو على بن أبى طالب فى خلافته، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضى، فيحكم لصالح اليهودى ضد على . وهذا هو المغيرة والى الكوفة يتهم بالزنا . فيحاكم على الجريمة

---

(١) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣ ـ ١١٥ .
(٢) الأم ج ٦ ص ٤٤ .
(٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ .
(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب الخراج لأبى يوسف ص ٦٦

المنسوبة إليه بالطريق العادى. و يقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكثم قاضى بغداد ، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : ياأمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفسة أخرى ، وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى بحت «هو التحكيم» ، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب ، فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بينى و بينك رجلا ، فقال الرجل : إنى أرضى بشريح العراقى ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحاً سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليما ، وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضياً

وفقهاء الشريعة الإسلامية و إن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الاسلامية شروطا لا تتوفر فى كل شخص ، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم فى شىء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام ، ولهم فى سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان : —

النظرية الأولى : وهى نظرية أبى حنيفة ، ويرى أن كل شىء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤاخذ به إلا القصاص والمال ، فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن إقامته بطريق الخزى والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد

عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات ؛ لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيدا[١] .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التى تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذى ليس فوقه إمام ؛ لا لأنه معفى من العقاب ، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب فى الجرائم التى تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد ، وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم ، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب فى هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التى يرتكبها الإمام ، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للخزى والنكال بإقامة الحد على نفسه ، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا .

فالفعل المحرم فى رأى أبى حنيفة يظل محرما ويعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب . ويترتب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل ؛ لأنه قتل شخصا مباح الدم[٢] ، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فإن قتل الزانى المحصن يعتبر واجبا لابد منه إزالة للمنكر ، وتنفيذاً لحدود الله ، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدى واجبا عليه ، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلا .

أما الجرائم التى تمس حق الأفراد كالقتل والجرح ، فيرى أبو حنيفة أن

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ — البحر الرائق ج ٥ ص ٢٠ — الزيلعى ج ٣ ص ١٨٧ .

(٢) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ .

الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها و يعاقب عليها ؛ لأن حق استيفائها ليس له أصلا ، و إنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم ، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد ، ولمنع الحيف والإضرار بالغير . فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع ، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء و بالجماعة ، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم[1] .

وإذا ولى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم فى كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مست حقا لله أو حقا للأفراد[2] . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

و يؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة ، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام ، و إنما أقامت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشريعة ، و يرعى صالح الجماعة ، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة ، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها ، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنيابة عنها فى هذه الحالة.

الثانية : وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الإمام مسئولا عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) نفس المرجع السابق .

أو بحق الفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الإمام ، معاقب عليها ممن ارتكبها ولو كان الإمام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده ، وإنما له ولنوابه ، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة[١] .

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم ، بل بحثوا فيما إذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم ، فرأى البعض أن الإمام ينعزل بارتكابه المحظورات ، وإقدامه على المنكرات ، تحكيما للشهوة وانقياداً للهوى ؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ، ويمنع من استدامتها[٢]

٢٣٨ - **رؤساء الدول الأجنبية** : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية[٣] ، وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء وجودهم فى دار الإسلام ، فإذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التى تمس حقوق الجماعة ، فإن هذا الرأى لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئاً ؛ لأن أساس هذا الرأى أن

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٢ — المهذب ج ٣ ص ١٨٩ — الأم ج ٦ ص ٣٦ — فقه القرآن والسنة ص ٩٧ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ .

(٣) المقصود من الدول الأجنبية الدول المحاربة التى تقوم فى دار الحرب ، أما الدول الإسلامية فلا تعتبر إحداها أجنبية بالنسبة للأخرى ، ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التى ارتكبوها فى دولة إسلامية أخرى ، بل إنه يمكن عقابهم فى هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التى ارتكبوها فى أى مكان من دار الإسلام ، وعلى الجرائم التى ارتكبوها فى دار الحرب على التفصيل الذى بينا فى الفقرة ٢١٨ .

الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه ، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبى حنيفة فى تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول فى دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التى تمس حق الأفراد ، أما الجرائم التى تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة فى هذا ، ويرى كما يرى باقى الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام(١) .

٢٣٩ - رجال السلك السياسى : - تسرى الشريعة على رجال السلك السياسى فيما يرتكبون من جرائم فى دار الإسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ، وليس فى قواعد الشريعة مايسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، إلا إذا أخذنا بنظرية أبى حنيفة فى المستأمن ، وهى تقضى بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة .

ويلاحظ أن رجال السلك السياسى الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية فهؤلاء لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أى مسلم يقيم فى دار الإسلام .

وليس فى أخذ رجال السلك السياسى بجرائمهم مايعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب فى التفرقة التى تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم ،

---

(١) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها .

وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لا يستحق الحماية ، ولا يصلح لأداء وظيفته ، ولأنه لا يحمى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات ، وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ماهو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام ، فمنع محاكمة الممثل السياسى لا يمنع من الضغط عليه والتأثير فيه ، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الأحوال .

٢٤٠ **أعضاء الهيئة التشريعية** : ـ لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان ؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد ، أو جماعة على جماعة ، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة .

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة ، ولكن قليلا من التفكير يؤدى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقا عظيما ، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية ، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية .

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء ، والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه ، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو كاذبا.

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرءاء من ألسنة الكاذبين الملفقين ، فإنه يحمى أيضاً الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين .

وبهذا المبدأ الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والمحسن ، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة ، وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب ، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب

إلى نهاية طوره ؛ لأنه لا يخشى رقيبا ولا حسيبا من الجماهير ، ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لايستطيع أن يقول لمن زنى يازانى، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفترى يا كاذب ، فإن قالها باء بالعقوبة ، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على مانسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر ،وأن يحطوا من قدر المسىء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان.

وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هى :—

١ — حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المقذوف(١) . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد ، فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

٢ — حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول مايعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدونه من الأفكار والآراء في المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

و يلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

٤ — حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم ، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

و يلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هى مستثنيات المبدأ فى مصر ، وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة ، وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، و بعضها

يبيح القول الصادق والقول الـكاذب معا ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .

والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة ؛ لأن الأفراد هم الذين يكوّنون الجماعة ، و إذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون. ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الـكذب والافتراء ، و إباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق ، ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها ، والموصوفات بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب على من يقول للسارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول للـكاذب إنك كاذب إذا لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فـكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمـكلفين بخدمات عامة ، و ينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة ما دام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والـكذب ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا

فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس فى حياتهم العامة .

وكل إنسان فى وقت الانتخاب وفى غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسىء هذا مسىء ، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء ، وكل إنسان سواء كان عضواً فى البرلمان أو فى أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق ، له الحق فى أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ، مادام يستطيع أن يثبت ماينسبه إلى هؤلاء . فليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات ، وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات ؛ لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ، ولا تحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان.

وليس فى الشريعة كما فى القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين ؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم ، فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى ، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون فى كل الأحوال ؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفى تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية فى الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة ، ويرمى إلى إصلاح الجماعة وتقويمها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة ، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ فى قوته وصلاحيته ، وبين مبدأ القانون فى ضعفه وتهافته .

٢٤١ - الأغنياء والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء فهم لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لاتسمح أن يستفيد الغنى من غناه أو أن

يضارّ الفقير بفقره ، ولهذا لاتعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس لا لشىء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق فى حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوساً لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل ، ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصاً يكفله ؛ لأن الحبس للدين لايكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فوراً قدراً من المال . أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير ، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم ، ويترتب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية ؛ لأن الكفالة لا تقبل فى العقوبة . ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط[1] وليس عقوبة ، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبساً احتياطيا يستطيع أن يجد له كفيلا ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضمانا ماليا. وسواء اعتبرنا الحبس تعزيراً أو احتياطا فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد .

٢٤٣ـ الظاهرون فى الجماعة : ـ لاتميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالحاكم كالمحكوم ، والشريف كالوضيع ، والقوى كالضعيف ، والنابه كالخامل . وقد عاتب الله رسوله عتاباشديداً؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبى مجتمعاً فى هذا

---

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٧ ، ١٨ ـ المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ١٠٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

الوقت بصناديد قريش وسراتها يكلمهم فى شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه ، وظهرت هذه الكراهية فى وجهه ، وأعرض عنه وهو يطمع فى استمالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه فى ذلك الحادث قوله: ﴿ عبس وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى ، أو يذكر فتنفعه الذكرى ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى ﴾ [عبس : ١ - ١٠] .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد ، من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال : ما إكثاركم على فى حد من حدود الله ، وقع على أمة من إماء الله ؟ والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها[١] .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب العبد قائلا: يا ابن السوداء . فغضب النبى أشد الغضب ، ورفع يده قائلا: «ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق» ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس ، فوضع خده على التراب ، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى

وكلنا يذكر قصة جبلة بن الأيهم ، فقد داس أعرابى على إزاره وهما يطوفان بالكعبة ، فلطمه جبلة ، فشكاه الأعرابى إلى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جبلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابى ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة ... وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

---

(١) كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٥٠ .

وكان عمر بن الخطاب حريصاً على التسوية بين الأشراف والعامة ، وله فى ذلك وقائع مشهورة[1] .

والقاعدة فى الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذى وقع عليه ، فإذا قتل شريف ووضيع فديتهما واحدة ، وإذا أصيب عامل فى شركة ومدير الشركة فى حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٢٤٣ - **المسلمون والذميون** : - وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين فى تطبيق نصوص الشريعة فى كل ما كانوا فيه متساوين ، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه ؛ لأن المساواة فى هذه الحالة تؤدى إلى ظلم الذميين ، ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة ، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه ، والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدل خالص فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضاً عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون ، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بترك الذميين وما يدينون، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لا إكراه فى الدين﴾ [البقرة:٢٥٦].

والجرائم التى تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين هى الجرائم القائمة على

---

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

أساس دينى محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذى يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذى يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعال هى فى معتقدهم غير محرمة ، وفى هذا ظلم بيِّن ، فكان من العدل الذى أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها ، أما الذمى فلا يعتبر شربه الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس دينى إذا كان إتيانها محرما فى عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة . أو إذا كان إتيان الفعل مفسداً للأخلاق العامة ، أو ماسا بشعور الآخرين ، فمثلا شرب الخمر ليس محرما فى عقيدة الذميين ولكن السكر محرما عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه . والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى فى عدم الصوم معصية ، وفى التظاهر بالإفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته ؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم ؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل مالا يعتقد ولا إكراه فى الدين . أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمى معا ؛ لأن الذمى وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك فى استطاعته ، ولا يمس أى مساس بعقيدته ، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فإذا ما تظاهر الذمى بالإفطار عوقب على تظاهره

بالإفطار ، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر ؛ لأن الصوم ليس واجبا عليه .

٢٤٤ - **ميزة للشريعة** : ويترتب على التفرقة فى تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم فى الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين فى دار الإسلام ، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن أن يقع إلا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة -على ماأعلم- قانونا واحدا لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة ، وتوفير حرية الاعتقاد ، والمحافظة على النظام ، وأساس النظام فى الشريعة هو الإسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق ؛ لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية ، أو يمس الأمن، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق ، وشيوع الفوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت فى الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والانقلابات ، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذى سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين فى هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء إلى هذه النتائج المحزنة ، ولو أنهم أخذوا بطريقة

الشريعة الإسلامية لضمنوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ ، ولمنعوا من وقوع هذه المساوئ .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس دينى يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده، لا مذاهب المحكومين جميعاً وعقائدهم ، بحيث كان المخالفون فى العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته ، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد ، وإراقة الدماء وتعدد المذابح ، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا ، ولا أظن أن هناك علاجا موفقا كالعلاج الذى ارتأته الشريعة ، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

ويجب أن لا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاها يخالف الإسلام ، وأن الدين الإسلامى يعتبر النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد . وبكل ما يوجبه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ؛ لأن الأخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حق الفهم ، فحاربوا مانعى الزكاة بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين ؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسالمة فى هذا الوقت العصيب الذى انتقضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الإسلامى ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته ، فلا بد أن تحرم كل ما يمسه وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها ، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه ، وتجوهلت مقوماته . فالديموقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، والنازية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، والشيوعية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه ، أو تجوهلت بعض مقوماته ؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الأنظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذى قامت عليه ؛ لأن ما تفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار ، وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشىء ؛ لأنه يرجع إلى تغاير النظم واختلاف طبائعها ، وما دامت اتجاهات النظم مختلفة ، وطبائعها مختلفة ، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم ، والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية ، فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدعوة للديموقراطية والشيوعية ، والديموقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما ، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديموقراطية ، ولكنها جريمة فى البلاد الشيوعية ، فاختلاف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته ؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بعمومه وخصوصه

و إنما يقاس بما يؤدى إليه من إسعاد الجماعة ، ورقيها وتفوقها ، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها .

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة فى الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، وهى أن الشريعة نصت على أفعال معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة فى بعض هذه الجرائم ، وهى الحدود والقصاص ، وجعلت له حق العفو عن الجريمة أو العقوبة فى بعضها الآخر ، وهى جرائم التعازير ، كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التى تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها ، وأهم هذه الأفعال هى الأفعال التى تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة ، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمه وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ، وحق ولى الأمر فى التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام ، أى : النظام الإسلامى . وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لا خيار فى العقاب عليها ، لأن الجريمة إن كانت حدا فلا محيص من العقاب عليها ، و إن كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى ، ولا شك أن العفو فى كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام . كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه ، فسلطان ولى الأمر فى التحريم وعدم التحريم والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى ، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأية مصلحة أخرى . والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره ، وما كان مقرراً لمصلحة نظام ما ، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام ، ولا يصح أن يتهاون فى شأنه القائمون على أمر هذا النظام ، ولا ضير فى أن

تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى العقاب على الجرائم الدينية ، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثنى هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الإسلامى على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشيوعيين عن تحبيذ الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة ، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم ، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية فى اتجاهها الحديث وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على المحامين أو الأطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة ، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة ، وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره ، ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

٢٤٥ - هل تفرق الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :-

القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها ، وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بيناها فيما سبق فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة ، أى عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا

تنقص ، وليس للقاضى أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات فى جرائم القصاص مقدرة أيضاً ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، أو كان مانع شرعى من العقوبة ، وليس للقاضى حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو ، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدلية ، أما عقوبات التعزير فهى ذات حدين غالباً ، وتقدير العقوبة متروك للقاضى ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجانى .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات فى الشريعة لا تسمح بالتفريق فى العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التى يجب توافرها فى الجانى أو المجنى عليه ؛ ليستحق الجانى العقوبة المقررة لهذه الجرائم ، وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ، والجرائم المختلف عليها هى على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته فى الشريعة هى القصاص ، ولكن مالكا والشافعى وأحمد لا يجيزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له فلا ينطبق على الذمى لأنه ذو عهد ، و يتمسك بعموم النص الذى جعل القصاص عقوبة لكل قتل . فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف فى تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذى يسوى بين المسلم والذمى هو التفسير الذى يستقيم مع عموم النص ومع التسوية بين الاثنين فى الجرائم عامة .

وفى الزنا لاخلاف على عقاب الزانى غير المحصن ، فالمسلم غير المحصن والذمى غير المحصن عقوبتهمـا واحدة وهى الجلد ، ولـكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لا يمـكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن ، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمـكن اعتبار الذمى محصنا ؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد . أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان ، ومن ثم فالذمى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان .

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة ، ويعاقب قاذف الذمى بالتعزير ، والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك وقد يـكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها .

وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهى بنتائج واحدة ، فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى ، وتشديد عقوبة المسلم . أما فى القذف فقد تـكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تـكون ضده . وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجـع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ — مبدأ الشريعة فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص :ــ
ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص ، ولا يعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته ، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولا تسمح بتمييز شخص على شخص ، أو هيئة على هيئة ، أو فريق على فريق

هذه هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية ، وهـذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدث لها من نظريات لا تزال أدنى مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق ، ولكنها فى القانون لا تزال كالطفل الذى يحسن أن يحبو ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

الباب الثانى

الركن المادى للجريمة

٢٤٧ – *منهاج البحث* : – يتوفر الركن المادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية ، وقد يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز ، وقد لا يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة غير تامة ، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة ، وهذا ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة .

وقد يرتكب الفعل المحرم شخص واحد ، وقد يتعاون على ارتكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم ، أو يحرض بعضهم بعضا عليها ، أو يساعد بعضهم البعض الآخر و يعينه حال ارتكابها ، وهذا ما يسمى بالاشتراك فى الجريمة .

فالكلام على الركن المادى يتناول الكلام على الجريمة التامة ، والشروع ، والاشتراك ، ومحل الكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها ، وهذا ما يوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص . أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى ، وسنخصص لكل منهما فصلا خاصا .

الفصل الأول

الشروع فى الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع فى الجريمة : - لم يهتم فقهــاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع فى الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم ، ولــكنهم اهتموا بالتفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، ويمــكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع فى الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص [1] ولا حد وإنما يعاقب عليه بالتعزير أيا كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص ؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل ، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضى أن يغلظها أو يخففها ، أما جرائم التعزير فإذا استثنينا العدد القليل الذى نصت عليه الشريعة كتحريم الميتة وخيانة الأمانة ، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية أى لأولى الأمر ، يحرمون من الأفعال مايرونه ماسا بالمصلحة العامة أو النظام العام ، ويعاقبون عليه ، ويتركون ما لا يرون ضرورة للعقاب عليه ، كما أن تقدير العقاب فى جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولى الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير وأن يشددها طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة ، وللقاضى بعد ذلك سلطة واسعة فى توقيع العقوبة ، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، و يترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ، وأن جرائم

---

(١) يعاقب على الشروع فى القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كاما كان ذلك ممكنا ، ولــكن العقاب فى هذه الحالة ليس على الشروع فى القتل الذى لم يتم ، وإنما على الجرح أو القطع باعتبار أن ما حدث هو جريمة تامة وسيأتى تفصيل ذلك .

التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة ، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها فى زمان دون زمان ومكان دون مكان ، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر ؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما ، ولم يدخلوا فى تفاصيل أركان الجريمة وشروطها ، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة ؛ لأنه من جرائم التعازير .

ثانيهما : ـ أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع فى الجرائم ، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة فى الشريعة أن التعزير يكون فى كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة ، ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بها إلا على جرائم معينة أتمها الجانى فعلا ، فإن كل شروع فى فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ، و يعتبر كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته أى جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم ، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته ، ولا استحالة فى أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر فى ذاتها جريمة تامة ، ولو أنها بدء فى تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية ، و إذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية ، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب ، إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة

السرقة التى لم تتم ، فإذا أتم الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وخرج بالمسروقات من الحرز ، فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة ، و بتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة ، و يمتنع التعزير على مادون التمام ؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة .

والزانى إذا دخل بيت المرأة المزنى بها يرتكب معصية ، و إذا جلس معها فى خلوة يرتكب معصية ، و إذا قبلها يرتكب معصية ، وكل هذه الأفعال تعتبر شروعا فى جريمة الزنا التى لم تتم ، ولكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير ، فإذا ما تمت جريمة الزنا وجب الحد وامتنع التعزير ، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هى جريمة الزنا .

وهكذا يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة مايدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع فى الجرائم ، و إنما دعتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة فى جرائم الحدود والقصاص ، لأن الجريمة التامة دون غيرها هى التى تستوجب عقوبة الحد أو القصاص ، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لاتعرف الشروع فى الجرائم ، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حق المعرفة ، وكل مافى الأمر أنها عالجته بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم ، لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك مايدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ماتم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة ، و إذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع فلن نأتى بشىء جديد . و إنماهو إطلاق تسمية جديدة

على بعض جرائم التعازير ، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر،دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التميز ، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع ، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها فى القوانين الوضعية.

ونظرية الشريعة فى الشروع أوسع مدى منها فى القوانين الوضعية ، فهى تعاقب على الشروع فى كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية ، وهى تسير على هذه القاعدة دون استثناء ، فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها ، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير . أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع فى أكثر الجنايات، وعلى الشروع فى بعض الجنح ، دون البعض الآخر ، وليس لها قاعدة عامة فى هذا .

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل . فإن الجرح إذا أدى للموت اعتبر الفعل قتلا عمدا ، وإذا شفى المجنى عليه اعتبر جرحا فقط وعوقب عليه الجانى بعقوبة خاصة ، أما إذا أراد الجانى أن يقتل المجنى عليه فلم يصبه فالفعل معصية وفيه التعزير .

٢٤٩ ـ المراحل التى تمر بها الجريمة وأيها يعتبر معصية :ـ تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم ، فهو أولا يفكر فيها ، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيىء الوسائل اللازمة لتنفيذها كشراء سلاح يقتل به ، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذى يريد السرقة منه . أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة انتقل إلى مرحلة ثالثة هى مرحلة التنفيذ . فيبدأ فى تنفيذ جريمته على الوجه الذى فكر فيه وأعدّ له الوسائل .

هذه هى المراحل الثلاث التى يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته. فأى هذه

المراحل يعتبر معصية و بالتالى جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ماسنبينه فيما يلى :

أولا ـ مرحلة التفكير والتصميم : ـ لا يعتبر التفكير فى الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير و بالتالى جريمة يعاقب عليها ؛ لأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل ، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمله ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تكلم » و إنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل .

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية ، أخذت به جميعاً فى عصرنا الحاضر ، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية ، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما ، فالشريعة فى تقريرها هذا المبدأ ، قد سبقت كل شريعة وضعية ، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادىء الأساسية فى الشريعة الإسلامية ، و يبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ ، أماالقوانين الوضعية فلايزال بها استثناءات للمبدأ ، ومن الأمثلة على ذلك : أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو الترصد ، و بين عقوبة القتل العمد الخالى عن سبق الإصرار أوالترصد و يشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية

ثانياً ـ مرحلة التحضير : ـ لاتعتبرمرحلة التحضير أيضا معصية ، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبرمعصية فى ذاته ، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة فى عدم اعتبار دور التحضير جريمة ، أن الأفعال التى تصدر من الجانى يجب للعقاب عليها أن تكون معصية ، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أى : حق للجماعة أو على حق للأفراد ، وليس فى إعداد وسائل الجريمة فى الغالب ما يعتبر اعتداءا ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد ، و إذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أى مشكوك فيه . والشريعة لا تأخذ الناس فى الجرائم إلا باليقين الذى لا شك فيه

ثالثاً — مرحلة التنفيذ : — هذه هى المرحلة الوحيدة التى تعتبر فيها أفعال الجانى جريمة ، و يعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءا فى تنفيذ ركن الجريمة المادى ، بل يكفى أن يكون الفعل معصية ، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ، ولو كان لا يزال بين الفعل و بين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلا فى السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، و بالتالى شروعا فى سرقة ، ولو أن بين كل منها و بين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات . هى دخول محل السرقة ، والاستيلاء على المسروقات ، وإخراجها من الحرز . كذلك يعزر الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعا فى سرقة ، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

و يعتبر الجانى مرتكباً لمعصية يعزر عليها وبالتالى يعتبر شارعا فى الزنا ، إذا دخل منزل المرأة التى يقصد الزنا بها ، أو اجتمع بها فى غرفة واحدة ، أو قبلها أو ضمها ، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا ، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه و بين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعا فى السرقة ، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب.

أو منقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط ، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجانى كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه[1]

فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب ، و يستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك و يساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبوعبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقا شأنا كبيراً لنية الجانى ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولـكن نية الجانى وحدها هى التى أزالت الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجانى قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره ، و يحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم ، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

٢٥٠ - الشريعة والقانون : - وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى عدم العقاب على مرحلتى التفـكير والتحضير ، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ ، ولـكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يعتبر فيه الجانى قد بدأ بالتنفيذ ، فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المـكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المـكون للجريمة ، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تتـكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة ، ولا يعد بدءاً فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المـكونة للجريمة . و يرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبـدأ الفاعل تنفيذ فعل ما ، سابق مباشرة

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما ، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية ، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة ، ولكن نظريه الشريعة مع هذا تتسع لأكثر مايتسع له المذهب الشخصى ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتيه الجانى إذا تكون مما فعله معصية ، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لا يؤدى إليه . كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه . أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤد حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع . ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى ، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ ـ العقاب على الشروع : ـ قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم الحدود والقصاص أن لا يتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم ، وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين »[1] . وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص ، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم ، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع ؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك أن البون شاسع بين الشروع والفعل التام ، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل ، ويجزى بقدر ما اكتسب ، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة

---

(١) تعتبر جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً . والحد فى الأصل هو ما كانت عقوبته مقدرة .

على إتمامها ؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة الجريمة التامة بالبدء فى تنفيذ الجريمة ، فليس ثمة ما يغريه بالعدول عنها[١] .

ونستطيع أن نقيس الشروع فى جرائم التعازير بالشروع فى جرائم الحدود والقصاص ، فنقول : إن القواعد العامة التى تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير ، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط ؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم الهامة يسرى على غيرها .

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط ، وهى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص ، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص فهو « من بلغ حدا فى غير حد» والحد الأول هو العقوبة ، والحد الثانى هو الجريمة ، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد فى جرائم الحدود والقصاص دون غيرها ، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى غير الحدود خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فى تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لاتخرج عن هذين الاتجاهين ، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة ، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة .

٢٥٢ - أثر عدول الجانى عن الفعل : إذا شرع الجانى فى ارتكاب الجريمة فإما أن يتمها وإما أن لا يتمها ، فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها ، وإذا لم يتمها فإما أن يكون أكره على عدم إتمامها كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة ، وإما أن يكون هو الذى عدل مختاراً عن إتمامها ، وفى حالة العدول

---

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة ، كأن يكتفى الجانى بما فعل ، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات ، أو يرى أن يعاود الكرة فى وقت آخر مناسب ، أو يخشى أن يراه أحد ، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجانى وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجانى على ذلك كأن يضبطه المجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة ، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجانى فى شىء ، ما دام أن الفعل الذى أتاه يعتبر معصية .

وإذا عدل الجانى عن إتمام الجريمة لأى سبب غير التوبة ، فهو مسئول عن الفعل كلما اعتبر الفعل معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، فمثلا إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه ، ثم عدل عن دخوله ؛ لأنه رأى الحارس يمر فى هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث ، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً ؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود ، أو ليأتى بزميل له يعاونه فى فتح الخزانة أو يعاونه فى حمل المسروقات ، فهو فى كل هـذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله ؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة ؛ ولأن ما وقع منه فعلا يعتبر معصية ، فالنقب معصية ، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية ، وكسر باب منزل الغير معصية ، أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأى سبب وعاد ، فإنه لا يعاقب ؛ لأن ما فعله لا يعتبر اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يعتبر معصية ، وإذا لم يعتبر الفعل معصية فلا عقاب .

٢٥٣ - العدول للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجانى عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله ، فإن الجانى لا يعاقب على ما فعل ، إذا كانت الجريمة هى جريمة الحرابة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] . فالمحارب إذا تاب قبل القدرة

عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة ، وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة[1] إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب ، فإنهم اختلفوا فى أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ولهم فى ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة ، وحجتهم فى ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة ، وجريمة الحرابة هى أشد الجرائم ، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحرابة من الجرائم وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ [النساء : ١٦] . وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة فى قوله تعالى : ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ [المائدة : ٣٩] وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لاذنب له لا حد عليه ، وقال الرسول فى ماعز لما أخبر بهربه : «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » .

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله ، أى أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب ، وأن لا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب ، ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر ، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل ، وهذا الشرط

---

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقاً للجماعة أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة فالمحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال ، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حداً ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتيل .

يقتضى مضى مدة يعلم بها صدق التوبة ، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل (١) .

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة ، أما الجرائم التى تمس حقوق الأفراد فلا يؤدى العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة

النظرية الثانية : وهى نظرية مالك وأبو حنيفة وبعض الفقهاء فى مذهبى الشافعى وأحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا فى جريمة الحرابة للنص الصريح الذى ورد فيها؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فالله أمر بجلد الزانى والزانية فقال : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين ، وقال تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم ، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال فى حق المرأة . « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة ، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدها على الآخر فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد فى الأرض ، أما المجرم العادى فهو شخص مقدور عليه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هى التى تزجره عن الجريمة ، وفضلا عن ذلك فإن القول بأن

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ – المغنى ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧

التوبة تسقط العقوبة يؤدى إلى تعطيل العقوبات ؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة[١].

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجانى عن إتمام جريمته تائبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية .

النظرية الثالثة : وهى نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة ، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية ، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التى تمس حقا لله ، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته إلا إذا رأى الجانى نفسه أن يتطهر بالعقوبة ، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته[٢].

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تائبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقا لله ، أى حقا من حقوق الجماعة ، ما لم يطلب الجانى نفسه أن يعاقب ، أما إذا كانت الجريمة تمس حقا للأفراد فلا تسقط العقوبة .

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجانى لا تسقط العقوبة . وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه ، ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجانى إذا عدل مختارا عن إتمام الجريمة ، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى ، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة . وبعض القوانين الوضعية لا تخلى الجانى من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختارا كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى .

٢٥٤ — الشروع في الجريمة المستحيلة : — ليس فى أقوال الفقهاء ما يشير

---

(١) شرح الزرقانى جـ٨ ص ١١٠ — بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٦ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٦ — المغنى جـ ١٠ ص ٣١٦ .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة . والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين الوضعية هى التى يستحيل وقوعها إما لعدم صلاحية وسائلها ، كمن يطلق على آخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة ، و إما لانعدام موضوعها ، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعى ومناقشاتهم فى القرن الماضى ، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها ، و بعضهم لا يرى ذلك . أما اليوم فقد اتجه الرأى إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب المضاد وهو المذهب الشخصى ، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته ، فمتى كانت الأفعال التى أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شارع فى الجريمة وتجب عليه عقوبة الشروع .

ورأى أصحاب المذهب الشخصى فى الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ يستوى فى الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فإن ذلك كله لا ينفى مسئولية الجانى إن كان ما فعله معصية ، ولا شك أن محاولة الجانى الاعتداء على المجنى عليه هى فى ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك ، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع ؛ لأن المحاولة فى كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسمت فى أفعال خارجية أتى بها الجانى بقصد تنفيذ جريمته فهو جان يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية ، و إذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلا بالمجنى عليه ، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها ، فإن ذلك أمر يترك تقديره للقاضى ، فيعاقب الجانى بالعقوبة التى تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التى أحاطت بتنفيذ جريمته .

الفصل الثانى

الاشتراك فى الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد، وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم فى تنفيذها ، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها ، وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجانى قد يساهم فى تنفيذ الركن المادى للجريمة مع غيره ، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ ، وقد يحرضه عليه ، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه فى التنفيذ ، وكل واحد من هؤلاء يعتبر مشتركا فى الجريمة سواء اشترك ماديا فى تنفيذ الركن المادى للجريمة أو لم يشترك ماديا فى تنفيذه .

وللتمييز بين من يشترك ماديا ومن لا يشترك فى تنفيذ الركن المادى للجريمة يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادى شريكا مباشرا ، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكا متسببا ، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر فى الجريمة ، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس هذه التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادى للجريمة فهو شريك فى المباشرة ، وأن الثانى يتسبب فى الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى فهو شريك بالتسبب[1] .

ولعل فى التفريق بين الشركاء المختلفين على الوجه ما يزيل اللبس الذى يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها ، ولعل رجال القانون فى مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠ .

٢٥٦ - اهتمام وإهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : -

العلة الأولى : - إن الفقهاء كما ذكر من قبل[1] قصروا هممهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهى جرائم الحدود والقصاص ، لأنها جرائم ثابتة لاتقبل التغيير والتعديل ، ولأن عقوباتها مقدرة لاتقبل الزيادة أو النقص أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة ، لأنها فى الغالب جرائم غير ثابتة ، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة فهى تقبل الزيادة والنقص .

العلة الثانية : - إن القاعدة العامة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون المتسبب ، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبى حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس ومادونها أى جرائم القتل والجرح ، وحجتهم فى ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب ، وأنها تقع كثيرا بالتسبب ، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المتسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر ويقصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين ، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترتب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك فى جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة ؛ لأن العقوبة المقدرة لاتقع إلا على الشريك المباشر فقط ، فجريمة الاشتراك بالتسبب هى من جرائم التعازير فى كل حال سواء اشترك الشريك المتسبب فى جريمة من جرائم الحدود والقصاص ،

---

(١) راجع الفقرة ٤٨

أو اشترك فى جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر ، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب ، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع ، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب ؛ لأن الشريك بالتسبب لايعاقب بعقوبة الحد أو القصاص ، وإنما يعزر ، فجريمته دائما من جرائم التعازير ، ولو أنه اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كليا ، بل تعرضوا له أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونها أى جرائم القتل والجرح ؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة و إما بالتسبب ، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وماذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التى بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك ، وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لاتختلف فى مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب فى أحدث القوانين الوضعية .

٢٥٧ - شروط الاشتراك العامة : - والاشتراك سواء كان مباشرا أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توفرهما لاعتبار الاشتراك جريمة وهذان الشرطان هما : —

أولا — أن يتعدد الجناة ، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر ، ولا غير مباشر .

ثانيا - أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه ، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقبا عليه فليس هناك جريمة وبالتالى لا اشتراك .

المبحث الأول

فى الاشتراك المباشر

٢٥٨ - اشتراك المباشرين : - الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد فى حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى ، وهو مانسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى فى الجريمة ، ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب و يجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لايباشر ركن الجريمة المادى بنفسه ، وعلى هذا يعتبر مباشرا للجريمة : -

أولا - من يرتكبها وحده أو مع غيره ، فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة ، و إذا اشترك اثنان أو ثلاثة فى القتل فأطلق كل منهم عيارا على المجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل ، و إذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر فى حالتى التوافق والتمالؤ : يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر فى حالة التوافق و بين مسئوليته فى حالة التمالؤ ، ففى حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره ، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثانى رقبته ، فيسأل الأول عن القطع ، و يسأل الثانى عن القتل ، أما فى حالة التمالؤ فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين فى الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة ، كما هو الحال فى المشاجرات التى تحدث فجأة ، فيتجمع لها أهل المتشاجرين

دون اتفاق سابق ، و يعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة ، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافق ، ولكن كلامنهم لا يسأل إلا عن فعله فقط ، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التمالؤ فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين ، و يتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه ، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث ، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع إصبع يده ، وذبحه الثانى ، فإنهما يعتبران متمالئين على جريمة القتل ، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التمالؤ .

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتمالؤ ، فحكمهما عنده واحد ، والجانى لا يسأل فى الحالين إلا عن فعله فقط[1] . أما بقية الأئمة فيفرقون بين التوافق والتمالؤ على الوجه الذى سبق بيانه[2] ، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة[3] .

متى يعد الجانى شريكا مباشرا ؟ : ـ يعد الجانى شريكا مباشرا كلما أتى فعلا يعتبر به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة ، وهو يعتبر كذلك كلما أتى فعلا يعتبر معصية قاصدا به تنفيذ الجريمة ، فهو يعد مباشرا للجريمة كلما اعتبر شارعا فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم ؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على اعتباره شريكا مباشرا ، و إنما أثره قاصر على العقوبة ، فإن تمت الجريمة وكانت حدا وجبت عقوبة الحد ، و إن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط

---

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير ج٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ ـ . تحفة المحتاج ج٤ص١٤ ، ١٥ ـحاشية البيجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٤٠ ـالإقناع ج ٤ ص ٧١ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٦٦ ـالشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ ـ المهذب ج ٢ ص ٢١٦ .

فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصي في القوانين الوضعية[1]، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتي يتجه إليها معظم الشراح، ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذي قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهي تتفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصري.

ثانيا: - يعتبر مباشرا للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه فمن يأمر شخصا غير مميز أو شخصا حسن النية بقتل آخر فيقتله فإن الآمر يعتبر فاعلا مباشرا للجريمة عند مالك والشافعي وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادي لأن المأمور كان أداة في يد الآمر يحركه كيف يشاء[2]. أما أبو حنيفة فلا يعتبر الآمر مباشرا إلا إذا كان أمره إكراها للمأمور فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشرا ولا يأخذ حكم المباشر[3].

واعتبار الشريك بالتسبب مباشر هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بهـا، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الآمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٠

(٢) الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٢١٦، ٢١٨ - المهذب ج٢ ص١٨٩ - الشرح الكبير ج٩ ص٣٤٤ - المغني ج٩ ص ٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ١٨٠.

الجبرية باعتباره فاعلا أصلياً لاشريكا للفاعل[1]. أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يعتبر الآمر شريكاً كما هو ظاهر النص ، ولكن المحاكم المصرية لاتزال مع ذلك على اعتبار الشريك المتسبب مباشراً متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها ، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

٢٥٩ — عقوبة المباشرين : القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده ، فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده ، ولو أن الجانى عند التعدد لا يأتى كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ — أثر ظروف المباشر على العقوبة : و إذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر و إن اشترك مع غيره إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة . والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل ، وقصد الفاعل ، فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء ، و بالنسبة للثانى دفعا لصائل أى دفاعاً شرعياً . و بالنسبة للثالث تأديباً . وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً . وأحدهم عاقلا . وقد يكون أحدهم عامداً . وأحدهم مخطئاً وكل هذا يؤثر على العقوبة ، فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب ، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه ، بخلاف العاقل المميز ، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العامد .

٢٦١ — هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟ : ـ القاعدة فى

---

(١) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصرى الصادر فى سنة ١٨٨٣

الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة فى الفعل، أو لصفة فى الفاعل أو لقصد الفاعل ، فإن عقوبة الشريك الآخر الذى لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعلِ غيره أو صفته أو قصده . فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله، فمات من الجرحين ، فإن الجانى الأول يعفى من العقاب ؛ لأن وجوده فى حالة دفاع شرعى أباح له الفعل، ويعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد ؛ لأن فعله عدوان متعمد ، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك فى القتل مع من يباح له القتل ؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة فى فعله لم تتوفر فى فعل الثانى وإذا اشترك مجنون مع عاقل فى ارتكاب جريمة أعفى الأول من العقوبة لجنونه، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون الإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى ، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توفرت فى الأول ولم تتوفر فى الثانى . والأب حين يشترك مع غيره فى قتل ولده لا يقتص منه ، ولكن الغير يقتص منه ؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة فى الأب وهى صفة خاصة به لا تتوفر فى شريكه فلا يستفيد منها الشريك . والعامد والمخطىء إذا اشتركا فى جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده ، فعلى العامد عقوبة العمد ، وعلى المخطىء عقوبة الخطأ ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى ؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجانى وهو معنى لا يتوفر فى العامد[1] .

هذه هى القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، وإذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص فإن الخلاف ليس فى الواقع على تطبيق هذه القاعدة ، وإنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هى قاعدة درء الحدود بالشبهات ، كما أن الخلاف محصور فى

---

(١) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٤٢ ـ الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٣٩ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠١ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها ـ المهذب جـ٢ ص ٢٩٧ ـ المغنى جـ ٩ ص ٣٧٣ ، ٣٧٩ وما بعدها .

الحالات التى يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذى أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين ، كحالة القتل من مخطىء وعامد ومن مدافع ومعتد ، ومن مجنون وعاقل ، ومن صبى و بالغ ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجانى . اختلفوا فى هذه الحالات وأمثالها ؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذى أدى للقتل دون فعل شريكه فرأى البعض فى قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر ، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بعقوبته المستحقة عليه ، فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية ، وإنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات ، وإن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملا سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده .

ونظرية الشريعة فى عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى ، وهى النظرية السائدة فى القوانين الوضعية فالقانون المصرى ينص على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . وكذلك الحال إذا تغير الواصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها »[(١)] .

المبحث الثانى

فى الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ – الشركاء المتسببون : يعتبر شريكاً متسبباً من اتفق مع غيره على

---

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصرى .

ارتكاب فعل معاقب عليه،ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل ، ويشترط في الشريك أن يكون قاصداً الاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ — شروط الاشتراك بالتسبب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توفرت ثلاثة شروط : أولها — فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها — وسيلة لهذا الفعل وهي اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها — أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلي : —

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه ، وأن يقع هذا الفعل ، وليس من الضروري أن يقع الفعل تاماً ، بل يكفي لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أي شروعاً معاقباً عليه ، وليس من الضروري أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك ، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك ، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ — الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا[1] بين التوافق والاتفاق أي التمالؤ ، فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم ، ولا يعتبر الموافقون شركاء بالتسبب،وإنما يمكن اعتبارهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق فيقتضي تفاهماًسابقاًعلى ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر ، كما يقتضي اتجاه إرادتيهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق فلا اشتراك ، وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

على غير الجريمة التى ارتكبت فليس هناك اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر فلا اشتراك ، ولكن انعدام الاشتراك لايمنع من العقاب على الاتفاق مستقلا ؛ لأنه معصية .

ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق . فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق فلا اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث ، و بعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له ؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله ، فقتله الآخر دفاعا عن نفسه ، فلا مسئولية على المباشر ؛ لأنه كان فى حالة دفاع عن النفس ، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة ؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية فى ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية لمالك : — و يعتبر مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها شريك مباشر لاشريكا متسببا ، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يعن المباشر إذا كان بحيث لم يباشرها غيره باشرها هو . وهذه نظرية مالك فى الشريك المتسبب على الإطلاق سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة[١] ، و ينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء .

ب : التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة ، والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة ، فإذا كان من وجه إليه الإغراء سيرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولاتحريض ، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذى دفع الجانى للجريمة ، وسواء كان للتحريض أثر أو لم

---

(١) شرح الزرقانى ج٨ ص١٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ .

يكن ، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا ؛ لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

ويعتبر تحريضا الأمر بالقتل ، والإكراه على القتل ، والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون فى وسعه أن يأتى الجريمة أو يتركها ، أما المكره فليس كذلك ؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس فى وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة ، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الآمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه ، وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا ولم يكن للآمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضاً عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتجه .

ويفرقون فى حالة وجود سلطان للآمر بين المميز وغيره ، فإن كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الآمر فهو أداة للآمر ولو أنه باشر الجريمة ، ويعتبر الآمر هو المباشر لها ولا يعتبر فى هذه الحالة شريكًا بالتسبب[1] .

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر فى محل الجريمة أثناء مباشرتها يعتبر فاعلا أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده ، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

جـ ـ الإعانة : ـ يعتبر شريكا فى الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ، فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معينا له ، ومن يستدرج المجنى عليه لمحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٢١٦ ، ٢١٨ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٨٩ ـ المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص ١٨٠ .

أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجانى أو الجناة فى نقل المسروقات يعتبر معينا لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين ، فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه ، أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته ، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا تعتبر تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من أمسك إنسانا ليقتله ثالث ، فرأى البعض أن الممسك شريك معين وليس مباشرا للقتل ، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى ، ورأى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن الممسك إذا كان تسبب بفعله فى القتل إلا أن الآخر هو الذى باشره ، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يمكن ملجئا . ورأى البعض أن الممسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل ، وهذا رأى مالك والرأى الثانى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والممسك تسبب فيه . وأن المباشرة والسبب تساويا فى إحداث نتيجة الفعل وهى القتل . ولم يكن فى الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين [١] .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى اعتبار هذا معينا وذاك مباشرا ، فلا خلاف بينهم فى تعريف المعين والمباشر ، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة ، وهل هى المباشرة أو التسبب [٢] . هذه القواعد تلخص فى أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :ــ

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة ، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب ، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عمل السبب ولم يكن السبب ملجئا ، كمن ألقى بآخر فى لجة لا تستطاع النجاة منها فلقيه ثالث فى اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة ، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل . فإن المكره هو الذى يحرك المباشر ويحمله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئا ، ولولا فعل الثانى ما أدى الإكراه للقتل.

فالخلاف واقع فى تطبيق هذه القواعد لا فى غيرها . إذ الممسك يعتبر متسببا فى القتل والثانى مباشرا له ، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب . فمن اعتبر الممسك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما، ومن اعتبر الممسك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب ، وأن عمل الممسك يعتبر إعانة على القتل لا مباشرة له .

ويعتبر مالك المعين شريكا مباشرا فى حالة التمالؤ على الجريمة ، أى فى حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث ، أو كان على مقربة منه، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة ، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به. فهو شريك بالتسبب فقط. أما بقية الفقهاء فيعتبرون المعين شريكا بالتسبب فى كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة

الشرط الثالث :ـ أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه :ـ ويشترط أن يقصد الشريك من اتفاقه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة ، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك فى كل جريمة تقع مادامت تدخل فى قصده المحتمل ، فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما ، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجانى غيرها فلا اشتراك ، فمن أعطى إنسانا فأسا ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر فلا يعتبر أنه أعان القاتل على القتل ، ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يعتبر شريكا فى جريمة الإتلاف . على أن عدم

مسئولية المحرض باعتباره شريكاً لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها ؛ لأن التحريض فى ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ - علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعتبر الاشتراك موجوداً إلا إذا كان بينه و بين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة ، فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق ، فإن لم تكن الجريمة نتيجة للاتفاق فلا اشتراك ، وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة للتحريض ، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر فى نفس المباشر فلا اشتراك ، ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية ، فمن استدرج إنساناً إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل فى المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله ، ثم جاء الجانى بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المجنى عليه وقتله فى منزله ، ففى هذه الحالة لا يسأل المعين باعتباره شريكاً لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة . وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها معاصى أى جرائم مستقلة بذاتها ، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التى قصدت منها .

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بعمل سلبى : - وسائل الاشتراك هى الاتفاق والتحريض والإعانة والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض . أما الإعانة فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية ، كمن رأى جماعة يسرقون منزلا فسكت عليهم ، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه ، أو رأى رجلا يلقى بصغير لا يحسن العوم فى نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير ، فهل يعتبر السكوت فى هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤاخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون فى هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة ؛ لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية

الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية ، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر ، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة ، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها . والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها ، السكوت فى هذه الحالة لايقوم على تفاهم ، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة ، كما أن الساكت لايقصد من سكوته حدوث الجريمة ، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التى يجب توفرها بين عون المعين ووقوع الجريمة . ولكن بعض الفقهاء لايأخذون بهذا الرأى ، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة ، ومن لايقدر على منعها ، فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فهو مسئول جنائيا عن سكوته ، ويعتبر مشاركا فى الجريمة ومعينا للجناة ، وأما من لايقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت ، ولا يعتبر معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا ، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها[1] .

٢٦٦ - عدول الشريك وأثره : - إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له ، أو عدل عن تقديم العون إليه ، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك فمن السهل فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت؛ لأن ماحدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة ، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب ، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه ، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك . على أن هذا لايمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض باعتبار كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت كما أن هذا لايمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية .

٢٦٧ - عقوبة الشريك المتسبب : - القاعدة فى الشريعة أن العقوبات

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

المقدرة جعلت لمباشر الجريمة دون الشريك المتسبب ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك ، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون ، و إنما يعاقب بالتعزير

والعلة فى اختصاص هـذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة ، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد ؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة ، ومن ثم لم تستو عقوبتهما .

لـكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر ، كما لو كان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص ؛ لأنه يعتبر شريكا مباشرا لا شريكا متسببا .

وقد عرفنا نظرية مالك التى تعتبر الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكا مباشرا إذا حضر تنفيذ الجريمة ، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو ، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها . و بمقتضى هذه النظرية يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما اعتبر شريكا مباشرا .

أما جرائم التعازير فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين : —

١ — فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص وجب أن لا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب ، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول ، و يمكن تعليل هذا الرأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب ، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر ، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ — و إذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص ، و إن سبب

التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة ، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب ، وهذا هو الذى نرجحه ؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية ، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى ، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها ، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم ، كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة ، وما دامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب ، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترتب على هذا الرأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر ، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها ؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب ، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيا فى التقدير ظروف المجرم والجريمة ، فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه ، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته . ويستطيع القاضى على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى ، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقضى بالتسوية بينهما .

٢٦٨ – أخذ الشريك بقصده الاحتمالى . — ويسأل الشريك المتسبب عن الجريمة التى ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التى قصدها الشريك المتسبب ، مادامت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه ، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة ، فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته ، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد ؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جر...

الضرب ، و إذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتريده أو شللها فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه ؛ لأن هذا من النتائج المتوقعة للضرب .

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التى تؤثر على عقوبة الشريك المباشر وقد لا تتأثر بها وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل ، وصفة الفاعل ، و قصده كما بينا سابقاً[١] .

فأما من جهة الفعل ، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذى قصده الشريك المتسبب ، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير ، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التى بيناها[٢] . و إذا ارتكب المباشر فعلا غير الذى قصده الشريك المتسبب فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلا فى قصده المحتمل .

و إذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته ، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشىء من هذا ؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى فى الشريك المباشر لا يتوفر فى الشريك المتسبب ، فإذا كان الشريك المباشر صبياً أو مجنوناً فلا عقاب عليه ، وعلى الشريك المتسبب العقاب ، و إذا كان الشريك المباشر معتاداً على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب ، و إذا كان الشريك المباشر صغير السن ، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

و إذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفاً لقصد المباشر ، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها .

---

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠ ، ٢٦١ .
(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

ويراعى دائماً فى كل الحالات أن هناك فرقاً بين عقوبة الشريكين فى جرائم الحدود والقصاص .

٢٧٠ - **ظروف الشريك الخاصة** : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة فإنها تسرى عليه ، فإذا كان عائداً شددت عقوبته ، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته ، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة ، وإذا كان للشريك المتسبب الحق فى إتيان الفعل فحرض غيره عليه ، كأن حرضه على تأديب ولده ، أو تلميذه ، أو زوجته ، فالفعل يعتبر جريمة بالنسبة للمباشر ، ولا يعتبر بالنسبة للشريك المتسبب ؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما اعتبر مجرماً ، وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

٢٧١ - **بين الشريعة والقانون** : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى تعريف الاشتراك بالتسبب ، وشروط هذا النوع من الاشتراك ، ووسائل الاشتراك ، ووجوب توفر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التى يأخذ بها القانون البلجيكى اليوم ، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصرى فى القتل العمد

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم التعازير مع النظرية التى أخذ بها القانون المصرى والقانون الفرنسى فى معظم الجرائم ، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق نظرية الشريعة فى استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالى الذى يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة : -

القاعدة العامة فى الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم ، وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتى عما وسوست أوحدثت به أنفسها ، مالم تعمل به أو تكلم » .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر فى الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه ، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة ، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل فى الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها وإعانة المجرم على جريمته ، كل ذلك يعتبر بذاته جريمة مستقلة ، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وهو يعتبر جريمة من وجهين : أولهما : أن الشريعة تحرم الأمر بالمنكر والاتفاق والإعانة عليه ، والجرائم هى أشد المنكرات وأكبرها فى الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها يؤدى إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم ، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة ؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته ، فإذا وقعت الجريمة المقصودة اعتبر المتفق أو المحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التى بيناها فيما سبق .

وينبنى على ماسبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه فى الشريعة ، وأن الاتفاق الجنائى على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة فى العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها فى عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول ، فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوى إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض ، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة ، فأصبح كل منهم أهلا للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره فى عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى أحد المبدأين وتخالفها فى الآخر ، فتتفق القوانين مع الشريعة فى أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل ، ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات ، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار ، وتخفيفه فى الجرائم العمدية التى لم يصحبها سبق إصرار ، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثانى فتخالف فيه القوانين الشريعة ، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة ، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة ، سواء وقعت تامة أو لم تتم ، على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ فى كثير من الحالات ، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية باعتبارها جرائم مستقلة ، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها ، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٧ منه ، وهذا الاتجاه الذى اتجهت إليه القوانين الوضعية ، هو أخذ بنظرية الشريعة التى تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة ، فمن وجهة المنطق إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محرم ، فإن كان محرماً لذاته فقد وجب العقاب عليه سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وإن كان غير محرم لذاته فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة ؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير

محرم ؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره ؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما ، بعد الاتفاق والتحريض والإعانة ، وقد اعتبرناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام ، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل فى الاتفاقات الجنائية .

الباب الثالث

الركن الأدبي

٢٧٣ - موضوع البحث : سنتكلم فى هذا الباب على موضوعين : أولهما المسئولية الجنائية . وثانيهما - ارتفاع المسئولية الجنائية . وسنخصص لكل موضوع فصلا خاصاً .

الفصل الأول

فى المسئولية الجنائية

٢٧٤ - موضوع البحث : سنتكلم فى هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية ، وعلى محل المسئولية الجنائية ، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها ، ثم على قصد العصيان أو القصد الجنائى ، وعلى أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية وعلى أثر الرضاء على المسئولية ، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية وسنخصص لكل موضوع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ - عرض تاريخى للمسئولية الجنائية :

أولا : فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية فى العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية تجعل الإنسان والحيوان بل الجماد محلا المسئولية

الجنائية ، وكان الجماد يعاقب كالحيوان على ما نسب إليه من أفعال ضارة ، كما يعاقب الإنسان على ما ينسب إليه من أفعال محرمة ، وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء ، ولم يكن الموت من الأسباب التى تعفى الميت من المحاكمة والعقاب ، ولم يكن الإنسان مسئولا جنائيا عن أعماله فقط ، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمل هذا الغير ، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير فكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته .

وكان الإنسان يعتبر مسئولا جنائيا عن عمله ، سواء أكان رجلا أو طفلا مميزاً أو غير مميز ، وسواء كان مختاراً أو غير مختار ، مدركا أو فاقد الإدراك .

وكانت الأفعال المحرمة لا تعين قبل تحريمها ، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها ، وكانت العقوبات التى توقع غير معينة فى الغالب ، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها ، فكان الشخص يأتى الفعل لم يحرم من قبل ، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب ، ولو لم يكن عوقب أحد من قبل على هذا الفعل ، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل ، وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافا ظاهراً ؛ لأن اختيار نوعها وتقديركمها متروك للقاضى فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط .

هذه هى بعض المبادىء البالية التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها ، وهى مبادىء ترجع فى أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التى كانت تسيطر على القوانين الوضعية ، والتى تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجانى والجناية ، وبين الجانى وغيره من أهله والمتصلين به ، ولا تحسب حساباً لملكات الجانى الذهنية ، وقدرته على التفكير والتمييز والاختيار ، وتوجيه إرادته للفعل ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه .

وقد ظلت هذه المبادىء سائدة فى القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية

فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة ، وأخذت تحل محلها من ذلك الحين مبادىء جديدة ، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية ، وأصبحت العقوبة شخصية لاتصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره ، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا ، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين ، وارتفعت المسئولية عن المكره وفاقد الإدراك ، وأصبح من المبادىء الأساسية فى القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، وأن لاعقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها

ثانيا ـ فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلا عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ ، إن كل هذه المبادىء الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفتها الشريعة من يوم وجودها ، وإنها من المبادىء الأساسية التى تقوم عليها الشريعة .

فالشريعة لا تعرف محلا للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف ، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلا للمسئولية .

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى منه الرجال لقوله تعالى : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ﴾ [النور : ٥٩] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يصحو ، وعن المجنون حتى يفيق » .

والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى : ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل:١٠٦] وقوله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة ١٧٣] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية: ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى

وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ﴾ [النجم : ٣٨ ، ٣٩] فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته ، ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به .

ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يحرم فهو مرخص لا عقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ماقبل ذلك فيدخل في قوله تعالى : ﴿ عفا الله عما سلف ﴾ .

وليس للقضاة في الشريعة الإسلامية أي شيء من الحرية في اختيار العقوبة أو تقديرها في جرائم الحدود والقصاص ، أما في التعازير فلهم حرية مقيدة ، لهم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم ، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التي وضعها أو يضعها أولو الأمر .

هذه هي المبادىء الحديثة التي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن الماضي ، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثني عشر قرنا ، ومن المؤلم حقاً أن يجهل أكثر رجال القانون في البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية ، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هي أول ما استحدث هذه المبادىء التشريعية .

٢٧٦ - نظرية المسئولية الجنائية في الشريعة والأسس التي تقوم عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن في إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من الاعتبارات التي تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها ، والأفعال التي تمس مصالح الأفراد تنتهي بمساس مصلحة الجماعة ونظامها ، فالأفعال التي تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها والعقوبات التي تفرض على

هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها [١] .

والأفعال التى تحرم لا تحرم لذاتها ؛ لأن من هذه الأفعال ماقد يستفيد منه الفاعل و يعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة . فإنها تعود على الجانى بالكسب وكالزنا فإنه يعود على الزانى باللذة و إطفاء الشهوة ، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار ، فهناك فوائد محققة تعود على الجانى من ارتكاب الجريمة ، ولكن هذه الفوائد التى قد يصيبها الجانى من جريمته تؤدى إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وانحلال نظامها ، ولتلافى هذه النتائج حرمت هذه الأفعال ؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظا لنظامها من التفكك والانحلال .

والأفعال المحرمة بعضها يعتبر بطبيعته جريمة ؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا ، وبعضها لا يعتبر بطبيعته جريمة ولم يحرمه الشارع ، لأنه يمس الشرف أو يؤذى الأخلاق ، و إنما حرمه ؛ لأن فى إباحته إضرار بالجماعة كتحريم حمل السلاح ، وتحريم الانتقال من محل موبوء بمرض معد إلى محل غير موبوء ، وتحريم الامتناع عن تلقى العلم ، فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها .

و إذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة ، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصوالحها ونظامها ، ولما كانت العقوبة هى أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام ، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها ، ومثل العقوبة فى هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة فى حماية الجماعة من الإجرام والمجرمين .

وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية ، فإن كل ضرورة تقدر بقدرها ، فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغى لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها ، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام .

---

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

وتعتبر العقوبة محققة لمصلحة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط ، وهى تعتبر كذلك كلما توفرت فيها العناصر الآتية : —

١ — أن تكون العقوبة بحيث تكفى لتأديب الجانى وكفه عن معاودة الجريمة ، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجانى وأن يقدر كمية العقوبة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه ، وهذا يقتضى تنوع العقوبات ، وتعددها للجريمة الواحدة ، وجعل العقوبات ذات حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى [1] .

٢ — أن تكون العقوبة كافية لزجر الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة . وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفر من الجريمة .

٣ — أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة ، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة ، فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ . ولقد عاقبت الشريعة مثلا على السرقة بقطع اليد ، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان ، ولم تعاقب على إتلاف الزنا بالخصاء ، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص .

٤ — أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها ، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو شخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات .

والعقوبة التى تتوفر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية ، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار ، فإذا لم يكن الجانى مدركا

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم إلا جرائم الحدود والقصاص وقد بينا علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ .

أو مختارا فلا عقاب كقاعدة عامة ، فالمجنون لا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولا يجلد إذا زنا وهو غير محصن ، وكذلك الصغير الذى لم يميز ، ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية نفسها بالوسائل التى تراها كافية أو ملائمة . فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الاقتصاص منه إذا قتل فإنه يمكن أن يوضع فى ملجأ ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات والمجنون إذا لم يمكن عقابه ، فإن من الممكن حماية الجماعة من شره بوضعه فى مستشفى ، وهكذا إذا امتنع عقاب الجانى بالعقوبات العادية ، وكان من الضرورى اتقاء شره وحماية الجماعة منه ، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل ما تحمى به نفسها من شر الجانى ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه ، كأن تضعه فى ملجأ أو مستشفى أو مدرسة إلى أمد محدود أو غير محدود بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صلح حاله ، وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعتبرها الشريعة تعازير فهى عقوبات ولكنها غير عادية أو هى عقوبات خاصة . والمقصود منها أساسا هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضاً التأديب و إصلاح الجانى كما فى حالة الصغار.

و يعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادى بأن الله جل ثناؤه وتقدست أسماؤه خلق العباد وخلق الموت والحياة ، وجعل ما على الأرض زينة لها ليبلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملا ، وأنه هيأ لهم أسباب الابتلاء فى أنفسهم وفى خارج أنفسهم ، فأما فى أنفسهم فقد خلق لهم العقول ، والأسماع ، والأبصار ، والإرادات ، والشهوات ، والقوى ، والطبائع ، والحب ، والبغض ، والميل ، والنفور ، والأخلاق المتضادة المقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسببه ، وأما فى خارج أنفسهم فقد خلق لهم المنافع والمعانى التى تحرص النفوس عليها وتتنافس فى الوصول إليها ، كما خلق لهم من المعانى والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها ، ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعى أنفسهم وطبائعهم ، بل ركب فى فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها ، ولم يكتف

بمجرد ذلك حتى عرفهم به مفصلا على ألسنة رسله ، وقطع معاذير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين مالا يبقى معه لهم عليه حجة ؛ ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيي من حي عن بينة ، وصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال ، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك مانهاهم عنه غاية التمكين وأعانهم عليه بكل سبب ، وسلطهم على قهر طباعهم، وأرشدهم إلى التفكر والتدبر وإيثار ماتقضي به عقولهم، وأكمل لهم دينهم وأتم عليهم نعمته بما أوصله إليهم على ألسنة رسله من أسباب العقوبة والمثوبة والبشارة والنذارة والرغبة والرهبة ، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه فى دار الدنيا ليكون علماً وأمارة لتحقق ما أخره عنهم فى دار الجزاء والمثوبة ويكون العاجل مذكراً بالآجل . وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعتهم ونظامهم ، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطماعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم ، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئاً ، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم ، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب ، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارين مدركين[1] .

أما من لم يكن مدركا أو مختاراً فلا عقاب عليه ؛ لأن المكلف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهى ، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلا ، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصا أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم[2] . وسنعرض على القارىء فيما يلى أنموذجاً مما يقوله الفقهاء فى تعليل عدم العقاب فى هاتين الحالتين ، وهذا

---

(١) أعلام الموقعين ج٢ ص ٢١٤ ، ٢١٦ .

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٨٣ ، ٨٤ ، ٩٠ — فواتح الرحموت ج ١ ص ١٤٣ وما بعدها و ص ١٦٦ — أصول الفقه للخضرى ص ١٠٩ ومابعدها .

القول لأبى الحسن الآمدى صاحب كتاب الإحكام فى أصول الأحكام قال:[١]

« اتفق العقلاء على أن شرط المكلف[٢] أن يكون عاقلا فاهما للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالجماد والبهيمة ».

« ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، ومن كون الآمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا، كالمجنون والصبى الذى لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأى من يجيز التكليف بما لا يطاق؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله ».

« وأما الصبى المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال مايعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلما مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف » .

وإن كان مقارباً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه، ودليله قوله عليه السلام: « رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق »

«وعلى هذا فالغافل عما كلف به والسكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضاً، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبى المميز

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى .

فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه ، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله » .

« واختلفوا فى الملجأ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسعه تركه فى جواز تكليفه بذلك الفعل إيجاداً وعدما ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار ، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه ، كان تكليفه به إيجاداً وعدماً غير جائز إلا على القول بتكليف مالا يطاق و إن كان ذلك جائزاً عقلا لكنه ممتنع الوقوع سمعاً لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخذة .. وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار فهو مختار وتكليفه جائز عقلا وشرعاً » .

هذه هى نظرية المسئولية فى الشريعة الإسلامية ، وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهما : ـ إن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها ، فهى ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة ، و إذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة ، و إذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها : إما بقتله و إما بحبسه حتى يموت أو ينصلح حاله .

ثانيهما : ـ إن العقوبة العادية لا يستحقها إلا من كان مدركا مختاراً من المكلفين ، فإذا لم يكن المكلف مدركا أو مختاراً فلا مسئولية عليه و بالتالى لا عقاب ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمى نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة ، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب .

٢٧٧ ـ نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية : و إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية التى بسطناها من ثلاثة عشر قرناً ولم تعرف غيرها

فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة ، فقبل الثورة الفرنسية كانت المسئولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية ، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه ، و بغض النظر عن صفته وحالته، وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد ، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والمجانين .

و بعد الثورة الفرنسية قامت المسئولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار و يسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى وخلاصته أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار ، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوفر فيه هاتان الصفتان ، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر و يختار بينهما ، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه ، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار ، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع . فأساس المسئولية هو الإدراك والاختيار ، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع ، وجزاء عادلا على مخالفته .

و بعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا ظهر المذهب الوضعى ، وهو قائم على فلسفة الجبر ، وخلاصته أن المجرم لا يأتى الجريمة مختارا ، و إنما يأتيها مدفوعا إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجثمانى ، و إذا كان الجانى لا خيار له فى ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى ، ولكن يمكن عقابه إذا اعتبرت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها ، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار، مدركا أو غير مدرك ، عاقلا أو مجنونا ، و إنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته ، وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به .

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين ، ويسمى مذهب الاختيار النسبي ، ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدي ، لأن الإنسان مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخل فى الجريمة ، ولكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فكرة أخرى ، وهى أن للمشرع أن يحمى الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يمتنع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم ، بأن يتخذ معهم إجراءات خاصة مناسبة لحالتهم . وهذا المذهب هو الذى يسود القوانين الوضعية اليوم[1] .

ويلاحظ أن المذهب القانونى الأخير يؤدى إلى نفس النتائج التى يؤدى إليها مذهب الشريعة الإسلامية ، ولا يفترق عنه إلا فى أن نظرية الشريعة أدق منطقا وأفضل صياغة ، فهى تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة ، وتفرق فى تطبيق وسائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار . أما المذهب القانونى فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة ، وهذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدى ، وهو أساس يتعارض منطقيا مع معاقبة غير المسئول ، أو اتخاذ أى إجراء ضده ، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع ، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة فى شىء أن يؤاخذ بأى وجه من وجوه المؤاخذة . والشريعة الإسلامية وإن كانت تجعل أساس المسئولية الجنائية الإدراك والاختيار ، والمدرك المختار مسئولا كلما خالف أمر الشارع ، وتعتبر فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول ، إلا أنها تجعل العقاب ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع ، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائيا بالعقوبة التى تحمى الجماعة منه ، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٣٠ ، ٣٣٥ .

ويجب أن لاننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عرفت من القرن السابع الميلادى ، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا فى القرن العشرين وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه أنه يخالف الواقع .

٢٧٨ - معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة : - معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التى يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمن أتى فعلا محرماوهو لايريده كالمكره أوالمغمى عليه لايسأل جنائياً عن فعله ، ومن أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لايسأل أيضاً عن فعله .

فالمسئولية الجنائية فى الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتى الإنسان فعلا محرما . ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً . ثالثها : أن يكون الفاعل مدركا[1] فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها انعدمت .

٢٧٩ - معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية : - معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، وأسس المسئولية فى القوانين هى نفس الأسس التى تقوم عليها المسئولية فى الشريعة ، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التى تقيم نظرية المسئولية على فلسفة الجبر وعدد هذه القوانين محدود .

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية ، فقد كان للمسئولية الجنائية فى ذلك الوقت معنى آخر ، وهو أن يتحمل الفاعل أيا كان نتيجة فعله سواء كان إنسانا أو غير إنسان ، مختارا أو غير مختار ، مميزا أو غير مميز ،

---

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك .

فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً .

المبحث الثانى

فى محل المسئولية الجنائية

٢٨٠ — الإنسان محل المسئولية : ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً ، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسئولية الجنائية ، لأنه وحده هو المدرك المختار . أما الحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلا للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار .

ومحل المسئولية هو الإنسان الحى ، فلا يمكن أن يكون الميت محلا للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ، ولأن القاعدة فى الشريعة أن الموت يسقط التكاليف .

وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسئولية الجنائية ، فإن توفر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسئول عاقلا بالغاً مختاراً . فإن لم يكن كذلك فلا مسئولية عليه ؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركا ولا مختاراً ، ومن لم يبلغ سناً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار ، وعلى هذا فلا مسئولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأى سبب آخر ، ولا مسئولية على مكره أو مضطر .

الشخصيات المعنوية : وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فاعتبر الفقهاء بيت المال جهة ، والوقف جهة أى : شخصاً معنوياً وكذلك اعتبرت المدارس والملاجىء ، والمستشفيات وغيرها ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلا لتملك الحقوق والتصرف فيها ، ولكنها لم تجعلها أهلا للمسئولية الجنائية ؛ لأن المسئولية تبنى على الإدراك والاختيار

وكلاهما منعدم دون شك فى هذه الشخصيات ، لـكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات ، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن ، فإنه هو الذى يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوى .

ويمكن عقاب الشخص المعنوى كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوى كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات مايحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها .

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً أى: من يوم وجودها ، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد محلا للمسئولية الجنائية ، ولم تـكن تفرق بين الإنسان الحى والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكره ؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعلها ، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبى غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقلياتهم ، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب على ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية . أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التى كانت تقوم عليها القوانين الوضعية فإن هذه القوانين لا تعرف محلا للمسئولية الجنائية غير الإنسان الحى ، كما أنها تفرق فى حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار ، وبهـذا أصبحت فى هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية .

٢٨١ - شخصية المسئولية الجنائية : من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما . وقد قرر القرآن الـكريم هذا المبدأ العادل فى كثير من آياته من ذلك قوله تعالى: ﴿ ولا تـكسب كل نفس إلا عليها ﴾ [الأنعام : ١٦٤] . ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[فاطر:

١٨] ، ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ﴾ . [النجم : ٣٩] ، ﴿ من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها ﴾ [فصلت : ٤٦] ، ﴿ من يعمل سوءاً يجز به ﴾ [النساء : ١٢٣] . وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » وحيث يقول لأبى رمثة وابنه : « إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » .

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقاً دقيقاً فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناء واحد ، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجانى فى شبه العمد والخطأ ، وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة ، أى نفس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة ؛ لأن تطبيق هذا المبدأ على دية شبه العمد والخطأ لا يمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش[1] .

ومن الفقهاء من لا يعتبر تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة حيث يرى أنه ليس فى إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجانى ، إنما الدية على القاتل . وأمر هؤلاء بالدخول معه فى تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنايته ، وقد أوجب الله فى أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه ، بل على وجه المواساة ، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك ، وأمر ببر الوالدين ، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة و إصلاح ذات البين ، فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه ، و إنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة مؤجلة ثلاث سنين . فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق ، وقد كان تحمل الديات مشهوراً فى العرب قبل الإسلام ، وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « بعثت لأتمم مكارم

(١) راجع الفقرة ٤٧٢ .

الأخلاق » فهذا فعل مستحسن فى العقول مقبول فى الأخلاق والعادات[١] » .

وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسئولية الجنائية ، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره ، ولـكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن، والمتتبع لنصوصها يجد خروجاً على هذا المبدأ فى كثير من الحالات ، فالقانون المصرى مثلا يعتبر من اشترك فى تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسئولا عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر ، كذلك يعتبر مدبرى التجمهر مسئولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين ، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها .

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصرى من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب فى الجريدة ولو كان غائباً ، وفى تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التى تقع ضد المواد ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ من لائحة العاهرات ، وفى تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التى يرتكبها الغير فى هذه المحلات ، وفى اعتبار الأب أو ولى الأمر مسئولا عن جريمة الصغير الذى حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية فى خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصرى .

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من المعاقب لا على فعل غيره فإنه من الواضح الذى لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانوناً ، وأنه يعتبر قائماً بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأى وسيلة من وسائل الاشتراك .

ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسئولية قبل الثورة

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص جـ ٢ ص ٢٢٤ .

الفرنسية كما تطبقه اليوم ، و إنما كانت تعتبر المرء مسئولا عن عمله وعن عمل غيره ولولم يكن عالماً بعمل هذا الغير ولو لم يكن له سلطان عليه ، وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته .

و إذا كانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيراً بمبدأ شخصية المسئولية الذى جاءت به الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل فى تطبيق هذا المبدأ إلى الحد الذى وصلت إليه الشريعة وأن دائرة تطبيقه فى القانون أضيق من دائرة تطبيقه فى الشريعة .

٢٨٢ — **المجنى عليه** : المجنى عليه هو من وقعت الجناية [1] على نفسه ، أو على ماله ، أو على حق من حقوقه . ولا تستلزم الشريعة أن يكون المجنى عليه مختاراً مدركا كما استلزمت هذين الشرطين فى الجانى ؛ لأن الجانى مسئول عن الجنائية مأخوذ بها ؛ ولأن المسئولية مترتبة على عصيان أمر الشارع [2] ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار ، أما المجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه ، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجانى ، وصاحب الحق

---

(١) معنى الجناية فى الشريعة هو الجريمة أيا كانت بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة .

(٢) الأوامر التى يعاقب على عصيانها إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحاكم ، فإذا كان الآمر هو الله فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين نفاذه ، أما إذا كان الآمر الرسول أو ولى الأمر فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولى الأمر ، وإنما يجب الأمر؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر فى قوله: «ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم» فأمر الرسول وولى الأمر يجب بإيجاب الله ، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولى الأمر مخالفا لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولا تجب طاعته . راجع المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٨٣ ، وشرح مسلم الثبوت لعبدالعلى الأنصارى ص ٢٥ وما بعدها .

لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار ، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق .

والحقوق التى تنشأ عن الجرائم على نوعين[١] حقوق لله تعالى[٢] وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها وأما النوع الثانى فينشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم ، وعلى هذا يصح أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز عاقلا أو مجنوناً ، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى ، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زنا أو ردة .

كما يصح أن يكون المجنى عليه شخصاً طبيعياً يصح أن يكون شخصاً معنوياً كأن يسرق الجانى مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً أو مالا فى صورة الجماد أو عقيدة من العقائد فالمجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التى تعتنق العقيدة .

وظاهر مما سبق أن المجنى عليه فى كل الصور والأحوال هو الإنسان ، إما باعتباره فرداً وإما باعتباره منتمياً لهيئة .

وتعتبر الشريعة الإنسان مجنياً عليه ولو لم ينفصل عن أمه ، فمن أحدث جائفة[٣] بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين حيث أجاف الأم وأسقط الجنين ، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش[٤] الجائفة ودية

---

(١) راجع الفقرة ٧٤ .
(٢) راجع الفقرة ١٧٥ .
(٣) الجائفة هى الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .
(٤) الأرش هو بعض الدية .

الجنين[١]، وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين[٢] .

ويعرف البعض الجنين فى هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ، ويرى البعض أن الجنين هو ما استبانت خلقته ، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه[٣] .

والقاعدة فى الشريعة أن الإنسان تنتهى شخصيته بموته فإذا مات أصبح لا وجود له ، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هى محل الجريمة فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلا للجريمة إلا فى حالتين : —

١ — الاعتداء على رفات الأموات : — لا يعتبر الاعتداء على جدث الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت باعتباره إنساناً ، ولا يعتبر الميت هو المجنى عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمته فى نفوسهم ، فالمجنى عليه فى الجريمة هو الجماعة والشريعة تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر .

٢ — قذف الأموات : — من القواعد الأولية فى الشريعة أن الدعوى لا تقام على القاذف إلا إذا تقدم المقذوف بالشكوى ؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته ، ولأن للجانى الحق فى أن يثبت وقائع القذف ، ، فإذا أثبتها أصبح المقذوف مسئولا عن الجريمة التى قذف بها ووجبت عليه عقوبتها ، ولهذا علق رفع الدعوى على شكوى المقذوف فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها . وإذا كان المقذوف حيا وقت القذف فله وحده حق الخصومة

---

(١) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٥٧ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص٣٢٥ ـ أسنى المطالب جـ٤ ص ٨٩ ـ المغنى جـ ٩ ص ٥٣٥ ، ٥٤٢ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٨ ـ أسنى المطالب جـ٤ ص٩٢ ـ المغنى جـ ٩ ص٥٣٧ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٩٢.

فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصباته أن يخاصم القاذف و يشكوه إلا إذا كان المقذوف قد مات قبل العلم بالقذف ، أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعى وأحمد، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأنه يرى أن حق المخاصمة فى دعوى القذف ليس حقاً ماليا حتى يورث.

و إذا كان المقذوف ميتا فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع ، وحجتهم فى ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحياء ، وأنهم قدح فى نسبهم فكأن القاذف قذفهم معنى ، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم . و يرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم ، ولهذا قصر حق المخاصمة عليهم ، ويرى البعض أن العار يلحق كل الورثة ، وأصحاب هذا الرأى يبيحون للورثة جميعاً حق المخاصمة . وعلى كل حال فمن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت ، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب[١] .

و إذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار على المخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته ، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ، ودفع العار عنهم لا عنه ، خصوصاً وإن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره ، إذ القذف فى الشريعة معناه نفى النسب عن المقذوف أو نسبة الزنا إليه ، فالمقذوف سواء كان رجلا أو امرأة إذا نفى عنه نسبه تعداه نفى النسب إلى أصوله وفروعه وورثته ، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها .

٢٨٣ — الشريعة والقانون: تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ — الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ — الشرح الكبير ج ١ ص ٢٣٠ وما بعدها — المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

فيما قلناه عن المجنى عليه فيصح فيها أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلا أو مجنوناً ، و يصح أن يكون إنساناً طبيعياً أو معنوياً ، وفرداً أو جماعة ، كما أن القوانين الوضعية تحمى الجنين قبل أن ينفصل عن أمه ، فتعاقب على الإجهاض[1] سواء حدث من الأم أو من غيرها ، وتحمى جدث الميت ورفاته . فتعاقب من ينتهك حرمة القبور[2] . وهى فى ذلك تتفق مع الشريعة .

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات[3] ، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

و اتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله ، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى فى حالة المساس بهم ؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال فى الشريعة ، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً

---

(١) راجع المواد ٢٦٠ — ٢٦٤ من قانون العقوبات المصرى .

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصرى .

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤ ، ٥٥٥ ــ القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ١٥٣ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨ .

كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره . ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً فى القوانين لايمس ورثة المقذوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنى للمقذوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ، ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى فى هاتين الحالتين على القاذف ، أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة فى هذا المبدأ ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

المبحث الثالث

سبب المسئولية ودرجاتها

٢٨٤ ـ سبب المسئولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه ، وربط وجود المسبب بوجوده ، وعدمه بعدمه ، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه(١) .

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعى على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم(٢) .

وسبب المسئولية الجنائية هو ارتكاب المعاصى ، أى إتيان المحرمات التى حرمتها الشريعة وترك الواجبات التى أوجبتها ، وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصى سبباً للمسئولية الجنائية إلا أنه جعل وجود المسئولية الشرعى موقوفا على توفر شرطين لا يغنى أحدهما عن الآخر وهما : الإدراك والاختيار ، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسئولية الجنائية ، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسئولية ، فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعلها ،

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .
(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ .

فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية ، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطا المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمجنون مثلا فلا مسئولية عليه ، وإن كان مدركا ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضاً .

وإذا وجد سبب المسئولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطاها ، وهما الإدراك والاختيار واعتبر الجانى عاصياً ، وكان فعله عصياناً أى خروجاً على ما أمر به الشارع ، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية . أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر فى الفاعل شرطا المسئولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عصياناً ، وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه .

والعصيان فى الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة **La Faute** فى تعبير القوانين الوضعية ، ولكن التعبير بالعصيان أدق فى دلالته على المعنى المقصود ، وهو مخالفة أمر الشارع من التعبير بالخطأ والخطيئة ، فضلا عن أن التعبير الأخير يؤدى إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المتعمد ، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع .

٢٨٥ - درجات المسئولية : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعى للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان، فمن الطبيعى إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان .

والأصل فى هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائماً الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرىء نصيباً من نيته ، وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرىء مانوى » والنية محلها القلب ومعناها القصد ، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه ، فمن انتوى بقلبه أن يفعل ماحرمته الشريعة ثم فعل ما انتواه فقد قصده .

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجانى، وإنما تنظر إلى الجناية أولا وإلى قصد الجانى ثانياً، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجانى[1].

والمعاصى التى يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لاتخرج عن نوعين: نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوى إتيانه ويقصد عصيان الشارع، ونوع يأتيه الإنسان وينتوى إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع، أو لا ينتوى إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه، فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان، والنوع الثانى هو ما يخطىء به.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا فقد فرقت فى المسئوليه الجنائية بين ما يتعمد الجانى إتيانه وبين مايقع من الجانى نتيجة خطئه، وجعلت مسئولية الجانى العامد مغلظة ومسئولية الجانى المخطىء مخففة، وعلة التغليظ على العامد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة، وعلة التخفيف على المخطىء أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة.

وقد فرق القرآن بين العامد والمخطىء فى قوله تعالى: ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ [سورة الأحزاب: ٥] وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى فى قوله: « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » والمقصود من عدم الجناح ومن رفع الخطأ هو تخفيف مسئولية المخطىء وعدم تسويته بالعامد، ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية، وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص، وجعل عقوبة القتل الخطأ الدية والكفارة، فغلظ مسئولية العامد وخفف مسئولية المخطىء ولم يمحها كلية، وذلك قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٠١ – ١٠٤ – الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ١٤١ وما بعدها – الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها.

[سوره البقرة : ١٧٨] وقوله ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ [سورة المائدة : ٤٥] وقوله ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [سورة النساء : ٩٢] .

وهكذا تتنوع المسئولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاته ، فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسئولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته .

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصى وإما أن يخطىء به ، فهو إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته ، فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ ، ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالى تكون المسئولية الجنائية على أربع درجات ؛ لأنها تقوم على العصيان ، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة .

١ — العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجانى إتيان الفعل المحظور ، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمدا ، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها ، والعمد هو أجسم أنواع العصيان ، وترتب عليه الشريعة أجسم أنواع المسئولية ، وتفرض عليه أغلب العقوبات .

وللعمد فى القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء هو أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد نتيجته .

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذى يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذى يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط ، ويسمون الأول القتل العمد . ويسمون الثانى القتل شبه العمد .

٢ — شبه العمد : لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا فى القتل والجناية على ما دون النفس[١] وهو غير مجمع عليه من الأئمة ، فمالك لا يعترف به فى القتل ولا فيما دون القتل . ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثاً زاد على النص، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، فقال تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ وقال : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾ وعلى أساس هذا الرأى يعرف مالك العمد فى القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان ، فهو لا يشترط أن يقصد الجانى الفعل ويقصد نتيجته[٢] .

ويتفق أبو حنيفة والشافعى وأحمد[٣] فى الاعتراف بشبه العمد فى القتل ولكنهم يختلفون فى وجوده فيما دون النفس ، فيرى الشافعى[٤] أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمد، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحمد[٥] . ويرى أبو حنيفة[٦] أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهب أحمد[٧]

وشبه العمد فى القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث القتل ، ولكن الفعل يؤدى للقتل ، وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وسمى شبه العمد بهذه التسمية ؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انعدام قصد الفعل .

---

(١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدى للقتل كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ — الزيلعى ج ٦ ص ٩٧ المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ .

(٤) الأم ج ٦ ، ٤٥ .

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ .

(٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ .

(٧) المغنى ج ٩ ص ٤١٠ .

وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث النتيجة التى انتهى إليها الفعل .

وشبه العمد أقل جسامة من العمد ، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد . فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجانى .

٣ — الخطأ : — هو أن يأتى الجانى الفعل دون أن يقصد العصيان ولكنه يخطىء إما فى فعله وإما فى قصده ، فأما الخطأ فى الفعل فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا . وأما الخطأ فى القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندى من جنود الأعداء ؛ لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندى من جنود الوطن معصوم الدم .

٤ — ما جرى مجرى الخطأ : — يلحق الفعل بالخطأ ويعتبر جاريا مجراه فى حالتين : — أولاهما : أن لا يقصد الجانى إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره ، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله . وثانيتهما : أن يتسبب الجانى فى وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه كمن يحفر حفرة فى الطريق لتصريف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا .

والخطأ أكثر جسامة مما جرى مجرى الخطأ ؛ لأن الجانى فى الخطأ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياطه ، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجانى لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه .

وأول من قسم الخطأ إلى خطأ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازى ، فقد رأى أن الفعل فى الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى قصد الفاعل ، ولا ينطبق هذا على الساهى والنائم والمتسبب ، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطأ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد ، ولما كان حكم فعل الساهى والنائم والمتسبب هو حكم الخطأ من

حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جاريا مجراه[1] .

٢٨٦ — الشريعة والقانون : — وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسئولية وشرطها ، فسبب المسئولية فى القانون هو ارتكاب الجرائم ، وشرط المسئولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال فى الشريعة ، ولا مسئولية ما لم يكن الجانى مخطئا أى عاصيا ، ودرجات المسئولية تتعدد وتتنوع بحسب تنوع الخطأ[2] وتعدده . والخطأ فى القانون على نوعين : عمد وخطأ ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط ، ويدخل تحت العمد ما يدخل فى الشريعة تحت العمد وشبه العمد ، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ فى الشريعة وما تجرى مجراه .

والقوانين الوضعية وإن كانت لا تعترف بشبه العمد فى القتل إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت ، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد ، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل ، فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف فى التسمية لا غير .

ولا شك أن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقا من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشىء عن الضرب والجرح و إعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحريق والتردية والخنق ، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى للموت ، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق ؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت ، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة فى القانون يقابل العصيان فى الشريعة .

من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتغريق والتحريق والتردية والخنق ، وشراح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً .

المبحث الرابع
فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

٢٨٧ - قصد العصيان أو القصد الجنائى : بينا فيما سبق أن أساس المسئولية الجنائية هو العصيان ، أى عصيان أمر الشارع ، وأن مسئولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان ، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة ، فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى ، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه ، وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان ، فالعصيان عنصر ضرورى يجب توفره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها . والعصيان هو فعل المعصية أى إتيان الفعل المحرم أو الإمتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان كمن يلقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به مارا فى الشارع ، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره ، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره ، ولم يقصد بالتالى فعل المعصية . أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم ، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقى حجرا

من نافذة بقصد إصابة شخص مار فى الشارع فيصيبه ، فإنه يرتكب معصية لم يأتها إلا وهو قاصد فعلها ويتفق هذا المثل مع المثل السابق فى أن كلا من الجانبين أتى معصية حرمها الشارع ، ويختلف المثلان فى أن الجانى فى المثل الثانى قصد إتيان المعصية بينما الجانى فى المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية .

والتفرقة بين العصيان و بين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة **volonté** وهى تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا و بين القصد **intention** وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى ، تلك التفرقة التى نقول بها اليوم فى القوانين الوضعية ، ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى و بقصد العصيان عن تعمد نتيجة الفعل هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد ؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية ، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته ، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدى إلى الخلط بين المعانى الفنية كما تؤدى إلى العجز عن تمييزها أحيانا .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى قد يوجد لدى الجانى قبل اقتراف الجريمة كأن ينتوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما ، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال فى جرائم المشاجرات أو فى الجرائم التى تحدث بغتة بغير تدبير سابق .

و يستوى فى الشريعة أن يكون القصد سابقاً للجريمة أو معاصراً لها ، فالعقوبة فى الحالين واحدة ؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل ؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل . والقاعدة فى الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » ، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة فى القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد و بين العمد الخالى من سبق الإصرار والترصد ، بل تجعل العقوبة واحدة

فى الحالين ، فعقوبة القتل العمد هى القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه ، وعقوبات الشجاج والجراح فى حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هى نفس عقوباتها فى حالة التعمد الخالى من سبق الإصرار والترصد .

والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة ، ولكنها مع ذلك تفرق فى بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصد و بين عقوبة العمد الذى لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد، وقد جرى القانون المصرى على هذه التفرقة فى جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة .

٢٨٨ — الفرق بين القصد والباعث : — وقد فرقت الشريعة من يوم وجودها بين القصد والباعث. أى بين قصد العصيان و بين الدوافع التى دفعت الجانى للعصيان ، ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أى تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثأر، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجانى ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما.

و إذا كان من الممكن عملا أن لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة ، وأن لا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فإن هذا لا يمكن عملا فى عقوبات التعازير ؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر فى طبيعة الفعل المكون للجريمة ؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضى فى عقوبات الحدود والقصاص ، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أى اعتبار . أما فى التعازير فقد ترك الشارع للقاضى من الحرية فى اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث فى تقدير العقوبة محل الاعتبار .

فللباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات

وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غيرمقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فيها. فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها ، فإذا راعى القاضى البواعث نخفف العقوبة أو شددها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه ، ولا يخرج عن حدود سلطانه . أما جرائم الحدود والقصاص فعقوبتها مقدرة أى محددة ، وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة ، فسواء كان الباعث شريفاً أو وضيعاً فالعقوبة لن تتغير .

وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة ، فهى لا تخلط أيضاً بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى ، ولا تجعل للباعث أثراً على تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة ، ولكن بالرغم من ذلك فإن للباعث من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة ، إذ للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله فى كثير من الأحوال أن يختار إحدى عقوبتين ، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجانى يستحقه ، وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والمجرم ، والبواعث التى دفعت لارتكاب الجريمة ، فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقاً التخفيف ، ويغلظها إن رآه مستحقاً التغليظ ، وبهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة . وهذه هى طريقة القانون الفرنسى والقانون المصرى .

على أن هناك بعض القوانين كالقانون الإيطالى والبولونى[1] تجعل من الباعث ظرفا مخففا أو مشدداً للعقوبة ، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند تقدير العقوبة ، وهذه القوانين وإن كانت تعترف بأن للباعث أثراً قانونياً على العقوبة، إلا أنها من الوجهة العملية لا تصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها القوانين التى لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، لأن القاضى لا يستطيع عملا

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٤٠ وما بعدها ــ الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨ .

أن يتخلى دائماً عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها .

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثراً فى الجرائم الخطيرة التى تمس الجماعة ونظامها، وهى جرائم الحدود والقصاص ، أما فيما عدا هذه الجرائم ، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضى من تقدير الباعث من الوجهة العملية ، وأكثر القوانين تهمل الكلام على الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية ، ولكن هذا لا يمنع القاضى من تقدير البواعث عملا فى كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء . ولا شك أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة فى الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار ، ولا تسمح للقاضى بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجانى ؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء .

٢٨٩ – صور القصد : وليس للقصد صورة معينة فهو يظهر فى صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم ، فقد يكون القصد عاما ، وقد يكون خاصاً ، وقد يكون القصد معينا أو غير معين، وقد يكون القصد مباشراً أو غير مباشر .

٢٩٠ – القصد العام والقصد الخاص : يتوفر القصد العام كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوفر القصد الجنائى العام ، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان الفعل المادى مع علمه بأنه يأتى فعلا محرما .

وفى بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام ، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص ، كما هو الحال فى جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة ، ففى جريمة القتل العمد لا يكفى أن يضرب الجانى المجنى عليه أن يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم ، بل يجب أن يتعمد مع الضرب

أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه ، فالشارح يوجب لمحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً ، فإذا توفر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمداً[١].

وفى جريمة السرقة لا يكفى أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم . بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال ، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة .

وفى الحالات التى يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائى بالباعث كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة ، فمن يقتل شخصاً بقصد إزالته من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة ، ولكن لا يمكن أن يقال: إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة ؛ لأننا لا ننظر إلى الباعث فى حالة الاختلاط باعتباره باعثاً و إنما باعتباره قصداً خاصاً .

٢٩١ — القصد المعين والقصد غير المعين : يكون القصد معيناً إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين[٢] .

ويعتبر الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً أو أكثر بسكين أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة ، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين .

ويعتبر الفعل معيناً ولو كانت نتائجه غير محدودة ، كلما أتاه الجانى وهو عالم

---

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلا عمدا عنده كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ — البجيرمى على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠

بنتائجه قاصداً تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها ، لايبالى أيها تحقق وأيها تخلف

ويعتبر المجنى عليه معيناً كلما أمكن تعيينه ، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه ، فمن قصد أن يصيب أى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً ، ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها ، فقد أصاب شخصاً معيناً ؛ لأن الجماعة معينة ؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً [١] .

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين ، و يعتبر الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة، فإذا أطلق الجانى كلباً عقوراً ليعقر من يقابله ، أو حفر بئراً فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق ، كان المجنى عليه غير معين ، و يشترط ليكون القصد غير معين أن لا يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين ، فإن قصده فالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص ، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى [٢] .

و يستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين ، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله ، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلا وكان القصد غير معين، فيرى بعض الشافعية أن الجانى لا يسأل باعتباره قاتلا متعمداً إذا قصد قتل غير معين ، و إنما يسأل عن الفعل باعتباره قتلا شبه عمد مادام الشخص الذى قصد بالجريمة منهما غير معين [٣] . و يفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب . و يسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين ، و يجعلون

---

(١) تحفة المحتاج جـ الرابع ص ٢ ، ٣ .

(٢) تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٢ ، ٣ ـ شرح الخرشى جـ ٨ ص ٨ .

(٣) تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣ .

القاتل مسئولا عن القتل العمد ، أما فى حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلا عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين ، فإن قصد غير معين فلا يسأل باعتباره قاتلا متعمداً ، وإنما يسأل عن القتل الخطأ[1].

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح المجنى عليه ، وهذا الشرط لا يتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلا يؤدى للقتل ، وقصد به شخصاً معيناً ، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك ، ولكنه لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه الذى لا يعرفه ولا يدرى من يكون ، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه ، فالجانى لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان، والجانى يؤخذ فى القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القتيل مع إنه لا يمكن أن يقال فى حالة القصد غير المعين: إن الجانى قصد إزهاق روح القتيل بالذات ، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القتيل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت ، وهذا الفعل يكيف شرعاً بأنه قتل شبه عمد[2].

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق ، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن المجنى عليه فى حالة القتل المباشر يكون فى الغالب معيناً ؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة ، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه ، وإذا تمكن منه فقد أصبح معيناً لديه ، بعكس الحال فى القتل بالتسبب ، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة ، وهو فى أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لديه .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ـ الشرح للدردير ج ٤ ص ٢١٦ .

(٢) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع اعتبار الفعل قتلا عمداً إذا قلنا : إن هناك شبهة فى صحة القصد أو فى جديته ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويترتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل عمد .

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية فإنهم لايفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين فى القتل وغير القتل ، فالجانى سواء قصد بالفعل شخصاً معيناً أو قصد شخصاً غير معين فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التى قصدها [1].

ويلاحظ أن تقسيم القصد فى الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد فى القانون إلى محدود وغير محدود ، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين فى القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى ، حيث لايفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود ؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة .

ونصوص القانون المصرى والفرنسى لاتفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً ، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه : « هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية ، غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معقباً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » .

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية ، التى تعتبر الجانى مخطئاً لا عامداً ، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصداً صحيحاً .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ــ المهذب ج ٢ ص ١٨٤ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣ ــ الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ ــ المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها .

٢٩٢ — القصد المباشر والقصد غير المباشر : يعتبر القصد مباشراً سواء كان معيناً أو غير معين كلما ارتكب الجانى الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أو لا يقصد شخصا معينا .

ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجانى فعلا معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا أو لم يقدر وقوعها ، ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالى .

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحتمالى ، ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالى ، وأنها لاتفرق بين القصد المباشر وغير المباشر ، فقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالى وفرقت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها ، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب ، فالضارب والجارح يضرب أو يجرح وهو لايقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ، ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة ، أو لايتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام، ولكن الجانى مع هذا لايسأل جنائياً عن النتائج التى قصدها فقط أو التى توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التى لم يقصدها ولم يتوقعها ، فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به ، وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت فهو مسئول عن موت المجنى عليه باعتبار الفعل قتلا شبه عمد لا ضربا ولا جرحا . فالشريعة تحمل الجانى فى جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها ، وتحميل الجانى هذه النتائج معناه أن الجانى يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه ، وسواء استخلصوا من أحكام

الشريعة نظرية عامة في القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصوص الشريعة ، فإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة . على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكم هذا القصد ، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافاً ظاهراً :ــ

٢٩٣ — الرأى الأول : هذا الرأى لمالك وهو يفرق عندما يتعرض لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة، ويجعل الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل ، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك ، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسئوليته بقدر ما انتهى إليه فعله . والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما فى قصد الجانى وقت إتيان الفعل ، فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمداً ، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد .

ويكتفى مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان ، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه(١) ، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة ، ومن ثم يعتبر الجانى قاتلا عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته ، وكذلك يعتبر قاتلا عمداً لو رماه

---

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بعقوبة خاصة .

بحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بعصا خفيفة ولولم يوال الضربات ، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل للموت ، ويعتبر قاتلا عمداً من يدفع شخصا بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدى السقطة لموته ، ولا يشترط فى كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة ، ولا أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[1] . ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقأ عينه أو أذهب بصره فهو مسئول عن نتيجة فعله ولولم يقصدها أو يتوقعها[2] .

وإذا كان الجارح أو الضارب الذى لم يقصد إلا مجرد العدوان مسئولا عن كل نتائج فعله فمعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد ، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بتعبيرنا العصرى يؤخذ بقصده المحتمل .

فخلاصة رأى مالك أن الجانى مسئول عن كل نتائج فعله المقصود ، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها .

وقد كان مالك فى رأيه هذا منطقيا مع نفسه ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ ولأنه جعل القتل نوعين لاثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ ، فلم يكن لديه بعد هذا مايدعوه لاشتراط نية خاصة فى القتل العمد لتميزه عن غيره .

٢٩٤ - الرأى الثانى : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجرائم غير المتعمدة ، ويجعلون الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، وأساس الفرق بين الجرائم

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ - ٢٤٩ .

المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجانى ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد فى القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دون النفس[١] ، فيشترطون فى القتل العمد أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه ، فإن توفر هذان القصدان فالجانى قاتل متعمد ، وإن توفر الأول دون الثانى فالفعل قتل شبه عمد .

وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان أى : تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محظور ، فإذا توفر هذا القصد فالجانى مسئول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها ، أو بعيدة يندر وقوعها ، فمن ضرب شخصا بقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب ، ومن لطم شخصا ففقأ عينه أو أذهب بصره ، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل[٢] وهكذا .

وأصحاب هذا الرأى يتفقون مع مالك ويخالفونه ، فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القتل حيث يأخذون الجانى بقصده المحتمل ، ويجعلونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد ، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها ، ويخالفون مالكا فى القتل العمد، حيث لا يرون أخذ الجانى بقصده المحتمل فى القتل العمد، ويشترطون

---

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على ما دون النفس ، فالجناية على النفس هى الجريمة التى تؤدى للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة ، والجناية على ما دون النفس يعبر بها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودى بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التى يمكن تصورها ، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك . ويعبر القانون المصرى عن نفس المعنى بلفظى الجرح والضرب فقط وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ — المغنى ج ٩ ص ٤١٠ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ .

لاعتباره قاتلا عمداً أن يقصد إزهاق روح القتيل ، بينما يؤخذ الجانى عند مالك بقصده المحتمل فى القتل العمد وغيره ، وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنواع حداً يميزه عن غيره، فاشترطوا فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح القتيل ، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذى يكفى فيه أن يقصد الجانى الفعل القاتل ، فإذا قصد الجانى الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل متعمد ، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد ، بينما هو فى الحالين قاتل متعمد فى رأى مالك .

٢٩٥ ـ الرأى الثالث : ـ وهو رأى الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد ، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ، ويجعلون الجانى مسئولا فى الحالين عن نتائج فعله ، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجانى ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرقون فى جرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويجعلون القاتل مسئولا عن القتل العمد كلما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه ويجعلونه مسئولا عن القتل شبه العمد ، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، ولو كان لا يؤدى غالباً للموت . فلا مجال للقصد المحتمل فى دائرة القتل العمد ، وفى هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق .

أما فى جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجانى باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التى قصدها ، ومسئوليته عن كل النتائج التى يؤدى إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها ؛ لأن تأدية الفعل غالبا لهذه النتائج يجعلها فى حكم النتائج المقصودة ، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها

الجانى ، ولا يؤدى إليها فعله غالبا ، فلا يسأل الجانى عن هذه النتائج باعتباره متعمدا لها ؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدى فعله غالبا إليها ، كذلك لا يسأل الجانى عن هذه النتائج باعتباره مخطئا ؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجه . وإنما يسأل الجانى عن نتائج الفعل باعتباره شبه عامد ، وشبه العمد درجة بين العمد والخطأ ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطأ — والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطأ ؛ لأن الجانى يتعمد الفعل ولا يقصد نتائجه ؛ ولأن نتائج الفعل فى شبه العمد ليست مما يؤدى لها الفعل غالبا ، فالجانى يتعمد الفعل ويخطىء فى نتائجه ، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ . فمن صفع شخصا على وجهه ففقأ عينه أو أذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة ، لا يسأل عن فعله باعتباره متعمد ؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته ؛ ولأن الصفع لا يؤدى غالبا لهذه النتيجة . كذلك لا يسأل الجانى باعتباره مخطئا لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل الجانى باعتباره شبه عامد ، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطىء . ومن أدخل إصبعه فى عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها ، يسأل عن نتيجه فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته ، أو لأن الفعل يؤدى غالبا لهذه النتيجة . ومن رمى إنسانا بحجر فأوضحه أو هشمه [1] . يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل ؛ ولأن فعله يؤدى غالبا لهذه النتيجة ومن رمى غيره بحصاة صغيرة فى جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة باعتباره متعمدا إذا لم يكن قصدها ؛ لأن الفعل لا يؤدى غالبا لها ، وإنما يسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد[2] .

---

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج . والشجاج هى الجراح التى تصيب الرأس والوجه .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ ـ الأم ج ٦ ص ٤٥ ـ الإقناع ج ٤ ص ١٨٦ ـ المغنى ج ٩ ص ٤١٠ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٨ .

٢٩٦ - مقارنة بين الآراء الثلاثة : - والقصد الاحتمالى لاوجود له فى جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل .

والأصل فى هذا الخلاف أن مالـكا يقسم القتل إلى عمد وخطأ فقط ، فكل ماليس خطأ فهو عمد عند مالك ، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان ، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطأ . أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، ويشترطون فى العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عامد لا متعمد ، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ . وهـكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المجنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد .

ويسلم الفقهاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضرب وما أشبه ، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصد المحتمل فى كل الأحوال مادام قد تعمد الفعل ، ويظاهرهما على ذلك الرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويتفق الشافعى مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامدا ، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالى فيسأل باعتباره عامدا كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة ، وتعتبر النتائج كذلك إذا كانت غالبة الوقوع ، فإذا لم تـكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبة الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة ، ولـكن لا يسأل عنها الجانى باعتباره مخطئا ؛ لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل عنها باعتباره شبه عامد ، ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ .

٢٩٧ - بين الشريعة والقانون : - الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب ، والأحكام التى

وضعت لهذه الجرائم هى التى بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة .

وأكثر القوانين الوضعية لاتضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هى جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أو جرح ، فقانون العقوبات المصرى مثلا يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الجرح والضرب (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات) وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف (المادة ١٢٦ عقوبات) وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات) وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً فى الأماكن المحرقة ، (المادة ٢٥٧ عقوبات) وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل ، أو فقد منعته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥ ، ٢٨٦ عقوبات) . ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندماتعرض لعقوبة الشركاء ، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن : « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت » .

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيرا ، وهى من النظريات المسلم بها علمياً المختلف فى شأنها عملياً ، فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها ، والشراح يختلفون فى تصويرها وتحديدها ، ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشراح على اختلافهم لايخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى .

فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة ، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توفر قصد إزهاق روح القتيل،

لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت ، وقيام هذا الشرط يؤدى إلى استبعاد القصد الاحتمالى من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجارح والضارب مسئولا عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع .

والقانون الفرنسي يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ما أخذ به القانون المصرى ، فمن ضرب إنسانا بعصا فأحدث به جرحا أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت ، وإذا أدى الضرب لعاهة فالجانى مسئول عن إحداث عاهة ، و إذا أعجز الضرب المجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً ، كان الجانى مسئولا عن هذه النتيجة ، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجانى مسئولا على قدر نتيجة فعله ، والجانى يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة باعتباره عامداً لا مخطئاً .

والشراح المصريون والفرنسيون يسلمون بما سبق ، باعتباره مما نص عليه القانون ، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ؛ لأن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالى فى القتل العمد يؤدى إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت ، و يجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذراً ، ولكنهم فيما عدا هذا يصوغون نظريتهم فى القصد الاحتمالى على أساس آخر ، ويجعلون الجانى مسئولا كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، سواء توقعها الجانى بالفعل أو لم يتوقعها .

و يرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجانى على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك . والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتائجه، وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجانى باعتباره مخطئا[1] .

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٥ ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح ، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط ، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط .

أما نظرية الشراح المصريين والفرنسيين فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقاً ومقياساً ؛ لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة ، وتجعل الجانى فى حكم العامد ، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يغلب وقوعها حكما خاصاً ، وتجعل الجانى مسئولا عنها باعتباره شبه عامد . وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعقيد ولا التواء ، فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج ، وهو مقياس عادل ؛ لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائمة فى ذهن الجانى ، ولا تكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدها ، وهو مقياس ثابت ؛ لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج ، ولا يقوم على أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج . أما الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة ، ويقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة ، إذ يجعلون الجانى مسئولا عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، واشتراط قرب النتائج ليس مقياسا صحيحا ولا أساسا ثابتا مادامت درجة القرب لم تحدد بحد ثابت ، واحتمال وقوع النتائج ليس أساسا ثابتا ولا مقياسا صحيحا ، ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج ، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة ، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر . وما يراه شخص محتملا قد يراه الآخر غير محتمل . ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى باعتباره عامدا كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته ، وهؤلاء الشراح

وإن جاءوا بمقياس مادى ثابت إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالى ؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هى نتائجه الطبيعية التى يسأل عنها الجانى على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالى .

والقانون الإنجليزى لايشترط فى القتل العمد توفر إرادة القتل عند القاتل ، بل يعتبر محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت ، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها ، وبهذا الرأى أخذ القانون السودانى ، إذ يعتبر القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبيب الموت ، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل ، أو لأى ضرر جسدى كان القصد أن يسببه الفعل[1] .

فالقانون الإنجليزى والقانون السودانى يأخذان الجانى فى القتل العمد بقصده المحتمل ، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التى تأخذ الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد وغيره ، كلما تمثل الجانى أو توقع النتيجة أو النتائج التى وقعت ولو لم يقصدها بالذات .

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزى والقانون السودانى مع مذهب مالك فى مؤاخذة الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد ، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية ، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزى أو السودانى ؛ إذ الجانى لا يؤخذ بقصده الاحتمالى عند الألمان ، ولا طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدى الموت ، وأما فى مذهب مالك فالجانى يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه ، فمثلا إذا لطم الجانى شخصا صحيح الجسم بقصد العدوان

---

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩ ـ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٢٦ .

ودون أن يقصد الجانى القتل أو يخطر فى باله أن فعله قد يؤدى للموت ، فمات المجنى عليه من اللطمة ، فالجانى قاتل متعمد عند مالك[1] ، وليس قاتلا متعمداً طبقاً للنظرية الألمانية أو طبقاً للقانونين الإنجليزى والسودانى .

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التى وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجليزى والسودانى هى مقاييس شخصية غير ثابتة ، فالجانى طبقاً للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة ، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجانى ، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع والجانى طبقاً للقانونين الإنجليزى والسودانى يجب أن يعلم أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدى للموت . والعلم أيضاً مسألة داخلية ، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجانى ، وما قد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه شخص آخر ، ومن ثم فليس فى الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم .

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصاً عامة للقصد الاحتمالى ، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء الإسلاميون ، فالقانون المكسيكى الصادر فى سنة ١٩٣١ يجعل الجانى مسئولا باعتباره عامداً عن كل النتائج التى لم يقصدها ، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية ، أو كان الجانى قد توقع حدوثها ، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة ، وهذا الذى أخذ به القانون المكسيكى إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية . والقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ يجعل الجانى مسئولا عن النتائج التى لم يقصدها ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العامد

---

(١) كان القضاء الفرنسى يطبق مذهب مالك فى القتل حتى سنة ١٨٣٢ حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل .

وأكثر من عقوبة المخطىء ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد .

تلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى ، وهذه هى نظريات شراح القوانين ، وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة ، وأن الشراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة ، فالشريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون النفس ، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة ، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لا تزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين .

المبحث الرابع

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية

٢٩٨ - أثر الجهل على المسئولية الجنائية : من المبادىء الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسئولية .

ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالما بالأفعال المحرمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ولهذا يقول الفقهاء : « لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » .

ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقق العلم فعلا ، ومن ثم يعتبر النص المحرم معلوماً للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً

مادام العلم به كان ممكناً لهم. ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلا؛ لأن ذلك يؤدى إلى الحرج و يفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه و يعطل تنفيذ النصوص .

هذه هى القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش فى بادية لايختلط بمسلمين، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيما بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء فى الواقع و إنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التى تمنع مؤاخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له ، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ، ولا يعتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما إذا كان مدعى الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص ، فحكمهما واحد ، فلو ادعى الجانى أن النص لايدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم ، فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لايرفع عنه المسئوليه الجنائية وهذا هو الخطأ فى التفسير كما نسميه اليوم فى لغتنا القانونية . ومن الأمثلة المشهورة فى الشريعة على الخطأ فى التفسير ، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى : ﴿ ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴾ [المائدة : ٩٣] فأقيم عليهم حد الخمر .

وتتفق القوانين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسئولية الجنائية ، فالقاعدة فى القوانين الوضعية أن الإنسان لايعذر بجهل القانون، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ فى فهمه وتفسيره، ولكن إذا كان الإنسان فى ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون فله أن يحتج بالجهل ، ويضربون لذلك مثلا حالة المحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون .

٢٩٩ — أثر الخطأ على المسئولية الجنائية: الخطأ هو وقوع الشىء على غير إرادة فاعله. فالفاعل فى جرائم الخطأ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده، وفى بعض الأحيان يقصد الجانى فعلا معينا ليس جريمة فى ذاته، فيتولد من هذا الفعل المباح ما يعتبر جريمة دون أن يقصد الجانى ما تولد عن فعله. وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المباح جريمة غير عمدية ولو أن الجانى قصد الفعل المباح؛ لأنه قصد بفعله محلا غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة. ومثال ذلك أن يتمضمض صائم فيسرى الماء إلى حلقه، أو يرمى صائد طيراً فيصيب إنساناً، فالصائم قصد إدخال الماء إلى فمه ليتمضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقه ليفطر فهو قد قصد فعلا مباحاً، ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته. والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة المجنى عليه، فهو قد قصد فعلا مباحاً ولكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة المجنى عليه، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان.

والمخطىء كالعامد مسئول جنائياً كلما وقع منه فعل يحرمه الشارع، ولكن سبب مسئوليتهما مختلف، فمسئولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان ما حرمه أو ترك ما أوجبه، ومسئولية المخطىء سببها أنه عصى الشارع لا عن قصد ولكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط[1].

٣٠٠ — المسئولية عن الخطأ استثناء: والأصل فى الشريعة أن المسئولية الجنائية لا تكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تكون على الخطأ، لقوله تعالى: ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾

---

(١) أصول الفقه للخضرى ص ١٣١.

الأحزاب : ٥] ولقول الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذ الأصل(١) ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ..الخ ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد ، والاستثناء هو العقاب على الخطأ ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامداً ، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئا ، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئا ؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ فى آن واحد . فمن زنا عامداً عوقب بعقوبة الزنا ، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ والجريمة عمدية . ومن سرق عامداً عوقب بعقوبة السرقة ، ولكن من أخذ مال غيره سهواً أو خطأ مع مال له ، لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية . ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب ، ولكن من شربها يظنها ماء لا عقاب عليه ؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية . وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجانى عامداً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئا فلا عقاب عليه ، ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعدم ركنا من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة ، على أن انتفاء المسؤلية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسئولية الفاعل مسئولية مدنية ، إذ القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ، وأن الأعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل ، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها يحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها ؛ لأن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو من حد أو

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ٥ ص ١٤٩ ومابعدها وص ١٥٤ ومابعدها.

مهر ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله ، ثم تصرف فيه لا يعتبر سارقاً لانعدام القصد الجنائى ، ولكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه .

أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ . كالقتل والجرح ، فإن العامد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد ، بينما يعاقب المخطىء بالعقوبة المقررة للخطأ ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العامد وعقوبة المخطىء ، فيغلظ عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثانى[(١)]

ويلاحظ أن الصالح العام هو الذى اقتضى العقاب على الخطأ ، فهناك من جرائم الخطأ ماله خطورته ويكثر وقوعه ، كالقتل والجرح خطأ ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط ، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطأ التى يكثر وقوعها ولا يخفى خطرها ؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم .

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة واعتبرت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ ، ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لا يجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة ، أما الجرائم التى يحرمها أولو الأمر فلهم فيها أن يعاقبوا على العمد والخطأ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية ، وهى أن العقاب على العمد هو الأصل ، وأن العقاب على الخطأ هو الاستثناء ، وأن العقاب على الخطأ لا محل له ما لم يحقق مصلحة عامة[(٢)] .

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

(٢) لا يجيز المعتزلة العقاب على الخطأ إلا ما نص عليه ، وحجتهم أن المؤاخذة تكون بالجناية ، والجناية لا تكون إلا بالقصد ، والخطأ لا قصد فيه فلا جناية فيه ولا مؤاخذة عليه ، ولكن الجمهور يرى أن فى الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين ، فمن تسبب فى خطأ أو باشره ، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته ، راجع فواتح الرحموت لعبد العلى الأنصارى ج ١ ص ١٦٦ .

٣٠١ ـ أنواع الخطأ : ـ الخطأ فى الشريعة على نوعين : خطأ متولد ، وخطأ غير متولد .

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح ، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا ، وكمن يرمى جنديا فى صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن . وإما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا فى الطريق العام بإذن من ولى الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها .

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد ، وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع من المخطئ مباشرة دون واسطة ، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، وإما أن يكون خطأ بالتسبب ، وهو ما يتسبب فيه المخطئ دون أن يقع منه مباشرة ، كما لو حفر شخص بئرا فى الطريق العام دون إذن ولى الأمر فوقع فيها أحد المارة ، وكما لو وضع شخص أحجارا فى الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب .

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد ، ويسميه بعضهم الخطأ المحض ، أما الخطأ المباشر غير المتولد ، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد ، فيسمونه اصطلاحا ماجرى مجرى الخطأ[١] ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صوره المختلفة ويسميها جميعا خطأ .

٣٠٢ ـ أساس الخطأ : أساس الخطأ فى الشريعة هو فى الأصل عدم التثبت والاحتياط ، ولكن لا يشترط مع هذا لمسئولية المخطىء أن يقع منه تقصير فى كل الأحوال ، وإنما يشترط وقوع التقصير فى الخطأ المتولد ، أما فيما عداه فالتقصير

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

مفترض شرعا فى الجانى ولا يعفى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألجىء إليه إلجاء .

ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ ، وبتطبيقهما نستطيع أن نقول : إن شخصا ما ، أخطأ أو لم يخطىء[1] :

القاعدة الأولى : إذا أتى الجانى فعلا مباحا أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ماليس مباحا فهو مسئول عنه جنائيا ، سواء باشره أو تسبب فيه ، إذا ثبت أنه كان يمكنه التحرز منه ، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقا فلا مسئولية

القاعدة الثانية : ـ إذا كان الفعل غير مباح فأتاه الجانى أو تسبب فيه دون ضرورة ملجئة ، فهو تعد من غير ضرورة ، ومانتج عنه يسأل الجانى جنائيا سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه .

٣٠٣ ـ نوع من الخطأ عند مالك : ـ و يعتبر مالك من الخطأ الأفعال التى يأتيها الجانى بقصد التأديب أو اللعب إذا أدت لموت المجنى عليه أو جرحه ، وقد أخذ بهذا الرأى نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد ؛ لأن القتل عنده ليس إلا عمداً أو خطأ ، والعمد ماقصد فيه الجانى العدوان ، والخطأ هو ما عدا ذلك،ومن يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوفر لديه قصد العدوان بحسب رأى مالك ومن ثم اعتبر فعله خطأ لا عمداً .

٣٠٤ ـ الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : ـ يراد بالخطأ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، و يراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية نوعان من الخطأ المتولد،فالخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل، فمن يرمى شخصا معينا فيخطئه و يصيب غيره فقد أخطأ فى فعله ، والخطأ الذى وقع فيه متولد عن فعله الذى قصده . أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى ظن

(١) بدائع الصنائع ح ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

الفاعل وقصده ، فمن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمراً فقد أخطأ في قصده ، والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحاً وقصده .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطأ فى الشخص والشخصية ، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره متعمداً ، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره مخطئا .

فأما القائلون بأن الجانى يعتبر عامداً فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلا محرماً أو غير محرم ، فإن كان الفعل المقصود أصلا محرماً فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئاً ؛ لأنه قصد فى الأصل فعلا محرماً فهو جان متعمد ، فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمراً يعتبر قاتلا عمداً لعمرو ، ومن قتل عمراً حاسباً أنه زيد يعتبر قاتلا عمداً لعمرو . أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون له أثره على مسئولية الجانى؛ لأنه قصد فعلا مباحاً فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جان مخطىء لا متعمد ، فمن رمى صيداً أو غرضاً فأخطأه وقتل آدمياً يعتبر قاتلا خطأ ، ومن رمى حربياً أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلا خطأ ، ومن قتل عمراً وهو يحسبه زيداً المهدر الدم يعتبر أيضاً قاتلا خطأ [1] .

وأما القائلون بأن الجانى يعتبر مخطئاً فهم فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى و بعض الحنابلة ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره ، أو أخطأ فى ظنه ، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده ، فإن الجانى يكون مسئولا عن القتل أو الجرح الخطأ فقط ، سواء كان الفعل

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - ٢٤٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ المغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

الذى قصده أصلا مباحاً أو محرماً ؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب ، ولو علم بأنه يخطىء ما أقدم على الفعل[(١)].

ويفرق بعض الفقهاء في مذهب مالك بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية ، ويرون أن الجانى يسأل باعتباره مخطئاً فى حالة الخطأ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحاً أو محرماً ، أما فى حالة الخطأ فى الشخصية فيسأل الجانى باعتباره عامداً كلما كان الفعل الذى قصده أصلا محرما .

ورأى القائلين باعتبار الجانى عامداً إذا كان الفعل المقصود أصلا محرماً ، يتفق مع رأى شراح القانون المصرى ، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين ، ورأى القائلين باعتبار الجانى مخطئاً فى كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية ، أما القائلون بالتفرقة بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين[(٢)].

٣٠٥ - أثر النسيان على المسئولية : — النسيان هو عدم استحضار الشىء فى وقت الحاجة إليه . وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ فى قوله تعالى : ﴿ ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وفى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان ، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات ، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه ولاعقاب ، لكن الناسى إذا أعفى من المسئولية الجنائية فإنه

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٤ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٣٧ - الإقناع جـ ٤ ص ١٦٨ - المغنى جـ ٩ ص ٣٣٩ .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص٣٥٦ ومابعدها، القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٥٦ .

لا يعفى من المسئولية المدنية ؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لاتتنافى مع عصمة المحل[1]، وطبقاً لهذا الرأى لايعاقب الناسى إذا ارتكب فعلا محرماً مادام قدأتى الفعل وهولايذكرأنه محرم، ولكن النسيان لايسقط الواجبات بل على الناسى إتيانها حين يذكرها أو يذكر بها، وإلاوجبت عليه العقوبة المقررة.

ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة فى الآخرة ؛ لأن العقوبة الأخروية تنقضى على القصد ولاقصد للناسى . أمابالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، فإنه يعتبر عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل ، وأن لا يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه . ويضربون مثلا لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم . أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فالنسيان لايعتبر فيها عذراً بأى حال[2].

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر ومماأشبه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يعتبر النسيان فيها عذراًيندر وقوعها ؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته ؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب أن لايكون هناك ما يذكره بالتحريم . ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسيا ، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهى فى العدة ناسياً .

وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق فإن ادعاء النسيان وحده لايعفى من العقاب ، وإنمايجب قبل كل شىء أن يثبت الجانىأنه ارتكب الجريمة ناسياً

---

(١) أعلام الموقعين جـ٢ ص١٤٠ — المستصفى للغزالى جـ١ ص ٨٤ — الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ٢١٧ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص١١٩ — مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص٣٧٤ — الأشباه والنظائر ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان فى الجرائم مبحثاً قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسياً.

والنسيان عند أصحاب الرأى الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسى، وعليه أن يفعله كما أن النسيان يعتبر شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسى، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير، فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسئولية الجنائية

٣٠٦ — أثر الرضا على المسئولية الجنائية: — الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسئولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلا، فإن الركن الأساسى فى الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحاً لا جريمة.

وهذه القاعدة العامة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً؛ لأن الرضا لا يهدم ركناً من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجناية على النفس ومادون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أولو الأمر، أى من لهم حق التشريع.

وقد أدى وجود القاعدتين معاً إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قاعدة ، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح ، ولهذا سنتكلم أولا عن الرضاء بالقتل، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح .

٣٠٧ - الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ؛ لأن عصمة النفس لاتباح إلا بما نص عليه الشرع، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقبا عليه باعتباره قتلا عمداً ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجانى، وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرأوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى ، ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص ، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[1] .

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما ؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلا عمداً ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة ، والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص و يوجب الدية بدلا من القصاص .

أما الرأى المرجوح فى مذهب مالك - و ينسبه ابن عرفة لسحنون - فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط عقوبتى القصاص والدية معا ، وإن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

كان لا يمنع من التعزير ، ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى العتبية[١] أنه يدرأ القصاص عن الجانى للشبهة ويوجب الدية[٢] .

وفى مذهب الشافعى رأيان : أولهما ـ أن الإذن فى القتل يسقط عقوبتى القصاص والدية ولا يبيح الفعل . وثانيهما ـ أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى فى الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية ، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى فى الإذن شبهة[٣] .

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة عن الجانى ؛ لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل[٤] ، وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول فى مذهب الشافعى .

٣٠٨ ـ الرضاء بالجرح والقطع : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقا لصاحبه ، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن . ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلا عمداً ؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحا ولا قطعا ، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح

---

(١) اسم كتاب فى فقه مذهب مالك .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ـــ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٤٢٨ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

أو القطع للموت فلا شيء على الجانى إلا التعزير ؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[١] .

ومذهب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجنى عليه مبرئا له بعد الجرح أو القطع ، فإن لم يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعى ، أما إذا استمر المجنى عليه مبرئا للجانى ، فإن العقوبة المقررة أصلا وهى القصاص والدية تسقط و يحل محلها التعزير ، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت ، فإذا أدى إليه اعتبر الجانى قاتلا عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد[٢] .

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب فى مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجانى عن القتل العمد ، ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن ، فتكون الدية هى العقوبة ، ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه[٣] ، والإذن يسقط العقوبة .

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة و إن كان الإذن لا يبيح الفعل ؛ لأن للمجنى عليه الحق فى إسقاط العقوبة ، وقد أسقطها بإذنه[٤] .

٣٠٩ – أسباب الخلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل والجرح :
أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح ، والعقوبة أصلا هى القصاص ، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .
(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٣ .
(٣) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ _ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .
(٤) الإقناع جـ ٤ ص ٣٧١ .

محله الدية ، وللمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاة الأمور تقريرها فى حالة العفو .

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم فى القتل ، فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً ؛ لأن الفعو عن القتل يستدعى وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح ؛ لأنه لم يصادف محله ، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه فى العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغواً ؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص .

أما فى حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه ، فمن قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفواً مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً ؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ، ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلا ؛ لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع .

ومن أسقط العقاب فى الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولداً عن الجرح ، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأى العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل ، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه ، لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

٣١٠ — بين الشريعة والقانون : القاعدة العامة فى القوانين أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب إلا إذا كان الرضاء يعدم ركنا من أركان الجريمة ، وفى هذا تتفق القوانين مع الشريعة إلا أن القوانين الوضعية

تجعل الرضاء ركنا فى بعض الجرائم التى لايغير الرضاء من طبيعتها شيئاً ، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة ، ولا يحيل الفعل من عمل مناف للأخلاق خارج على المألوف ، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة ، ومثل ذلك اللواط ، وهتك العرض . وهذا لايتفق مع مبادىء الشريعة ، كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التى ذكرناها ، إذ المفروض فى الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية ، كما هو الحال فى السرقة ؛ إذ أن الرضاء يعدم الجريمة ، أما الرضاء فى الزنا ، فلا أثر له إطلاقا ، والفعل فى حالة الرضاء وعدمه زنا لاشك فيه ، فى لسان العرف ، والعادات ، والأخلاق ، وآداب الجماعة .

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل فى الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة . وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة ؛ لا لأن المجنى عليه أو أولياءه رضوا بالجريمة ، وإنما ؛ لأن من حقهم العفو عن العقوبة .

والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليه حق العفو فى الجرائم التى ذكرناها لا تأتى بمبدأ غريب على القوانين ، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة ، وطبقته فى الجرائم التى تمس العرض ، فالقانون المصرى مثلا يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة ، ولو كان قد حكم بها وبدىء فى تنفيذها ، على أن هناك فرقاً بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة ، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة ، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط ، وهى القصاص أو الدية ، ولم ترتب على عفوه سقوط حق الجماعة فى العقاب بصفة مطلقة ، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجانى إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية ، فالعفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه فى التعويض ، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغلظة ، ولكنه لا يؤدى إلى إسقاط العقاب كلية ، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقا للقانون المصرى يمنع من عقابها بأية عقوبة أخرى ، ومعنى

ذلك : أن حق العفو الذى منحته الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة ، بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما .

و إذا كانت القوانين الوضعية لاتعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملا إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة ، إذ القوانين الوضعية تجعل للقتل ، والجرح عادة عقوبتين ، وتترك للقاضى أن يختار إحداهما ، كما أنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف ، ولاشك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدنى ، و بهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية ، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية .

على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثراً على العقوبة ، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه ، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص ، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد . وما هذه المبادىء القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية .

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشراح القانون اليوم ، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه .

٣١١ — الانتحار والمسئولية الجنائية : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار كما تحرم القتل ، وقد جاء التحريم فى القرآن ، كما جاءت به السنة ، فالله تعالى يقول : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ والانتحار قتل نفس ، ويقول جل شأنه : ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً

مخلدا فيها أبدا ، ومن قتل نفسه بسم فسمه فى يده يتحساه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا ، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو متردٍ فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا » والانتحار قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأً وكلاهما محرم .

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر ، فلا عقوبة عليه ؛ لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الكفارة ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس مطلقاً ، ويظاهرهما على هذا الرأى فى مذهب أحمد . أما الشافعى فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأً وجبت الكفارة فى ماله . ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ما يراه الشافعى من وجوب الكفارة فى قتل النفس ، ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا فى مال من قتل نفسه خطأً[1]. والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجانى نفسه، فمن أوجبها فى مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية.

ويترتب على تحريم الانتحار ، أن يعاقب شريك المنتحر ؛ سواء كان الاشتراك بالتحريض ؛ أو الاتفاق ، أو العون .

وإذا لم يمت من حاول الانتحار ، عوقب على محاولته الانتحار ، وعوقب معه شركاؤه فى الجريمة ، وعقوبة الجميع هى التعزير .

وطريقة الشريعة فى تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك والشروع فيه ، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون الإنجليزى ، والسودانى ، والإيطالى وغيرها . أما القانون المصرى ، والقانون الفرنسى ، فلا يعتبر الانتحار فيهما جريمة ؛ وكذلك لا يعتبر الاشتراك فى الانتحار .

٣١٢ — إصابة الشخص نفسه: وتحرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه نفسه بأذى عمداً أو خطأً ؛ فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك، فإن فعل . عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية ، وإذا كان من المحرم أن يصيب

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ — المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

الإنسان نفسه ، فإن من المحرم على غيره أن يشترك معه فى تلك الجريمة .

وتتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية ، و إن كانت بعض القوانين ؛ كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين ، وفى حالات معينة .

٣١٣ - المبارزة والمسئولية الجنائية : - المبارزة قتال بين شخصين قد يكون متفقا عليه من قبل ، وقد ينشب دون سابقة اتفاق . وقد يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه ، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، ولا يشترط فى المبارزة أن تكون بسلاح معين ، فيصح أن تكون بالسيوف أو الخناجر ، و يصح أن تكون بالأسلحة النارية ، ويصح أن تكون بالعصى ، و يصح أن تكون بالأيدى ، والمهم فى المبارزة أن يحرص كل على قتل صاحبه ، أو جرحه ، أو إيذائه ، فإن كانت المبارزة مقصوداً بها مجرد إظهار المهارة والتفوق ، ولم يقصد بها الإيذاء ، فهى نوع من ألعاب الفروسية التى تبيحها الشريعة ، وسنتكلم عليها فيما بعد . أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل ، فهى محرمة شرعا ؛ لأنها ليست إلا قتلا أو جرحا أو إيذاء ، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريما قاطعا ، فمن تبارز مع آخر فقتله ، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله ، و إذا جرحه وهو يقصد قتله فأدى الجرح لموته ، فهو قاتل متعمد ، أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ، ولم يقصد قتله ، فهو جارح عمدا ، فإن أدى الجرح لموته ، فهو قاتل شبه متعمد .

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا فى الحرب ، ففى الحرب تجوز المبارزة مع المحارب ، و يباح قتله ، وجرحه ، و إيذاؤه ؛ لأن دمه مهدر ، كذلك تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم ؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب . ولقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للبراز فأجاب ، وأذن لأصحابه فى البراز يوم بدر ، ويوم الخندق ، والفقهاء يبيحون البراز ، سواء دعا إليه المقاتل ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره ، ولكن أبا حنيفة ، لا يبيح للمقاتل أن يدعو

للبراز مبتدئا ؛ لأن ذلك تطاول و بغى فى رأيه ، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو [(١)] .

و يجب أن نفرق فى المبارزة المحرمة بين حالتين . الأولى: ماإذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وقد سبق أن بينا هذه القواعد . الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجارح النصوص الخاصة بالقتل والجرح ، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة ؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح .

فالمبارزة فى الشريعة تخضع للنصوص العامة التى تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدى للقتل والجرح . وهناك نصوص يمكن أن يستدل بها على تحريم المبارزة ، ومن ذلك ما رواه أبو بكرة حيث يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول فى النار » فقلت : يارسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال: « إنه كان حريصا على قتل صاحبه» ، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر »، ولكننا لسنا فى حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة ؛ لأن النصوص العامة التى حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم .

و إذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أو جرحه فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط ، ولا ينسب للمتبارزين معا ، ولا يعتبر اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكا منهما فى القتل أو الجرح قياسا على التصادم ؛ لأن القتل أو الجرح الناشىء عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا ، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما ، أما القتل والجرح فى حالة البراز فناشىء عن فعل أحد

(١) الأحكام السلطانية ص ٣١ وما بعدها ــ مواهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص ٣٥٩ ــ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢ ــ المغنى الجزء العاشر ص ٣٩٤ وما بعدها

المتبارزين وقوته ولا أثر لفعل الآخر وقوته فى إحداث القتل أو الجرح . فإذا تصادمت سيارتان ونشأعن اصطدامهما قتل شخص أوجرحه ، فإن القوة التى أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين ، ولو لم تلتق هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح . أما فى المبارزة فقدرة كل مبارز وقوته هى التى ينشأ عنها فعله فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أوأطلق عليه رصاصة فأصابته ، فليس لقوة المصاب أو عمله دخل فى إصابته (١)

وتتفق نظرية الشريعة الإسلامية فى المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة ، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها باعتبار ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء ، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى . وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة ولكنها تعاقب على ماينشأ عنها بعقوبات خاصة ، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح ، ومن هذه القوانين القانون الإيطالى والقانون البولندى (٢)

المبحث السادس

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية

٣١٤ ــ الأفعال المتصلة بالجريمة : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة . فهى إما مباشرة ، وإما سبب ، وإما شرط . والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضرورى للتمييز بين الجانى وغير الجانى .

---

(١) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص ١١٣ وما بعدها ، فإنه يعطى المبارزة حكم الاصطدام وهو رأى غير منطق ، كما أنه يؤدى إلى اعتبار كل تشاجر أو اعتداء فى حكم الاصطدام ، كلما وقف المجنى عليه موقف المدافع أو المقاوم .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٦١ .

المباشرة : هى ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة ، كذبح شخص بسكين فإن الذبح يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، و كالخنق فإنه يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة للموت ، وكإشعال نار فى الشىء المحترق ، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو فى الوقت نفسه علة الحريق ، وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية ، فإن الأخذ يحدث السرقة وهو علة لها ، وكتناول الخمر فإنه يحدث جريمة الشرب وهو فى الوقت نفسه علة لها .

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت ، و إنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت . وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أومات ، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته ، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجنى عليه فى البئر .

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة .

وللسبب ثلاثة أنواع :

(ا) سبب حسى : وهو ما يولد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولا خلاف عليه سواء كان السبب معنويا أو ماديا ، كالإكراه على القتل والجرح فإنه يولد فى المكره داعية القتل والجرح دون شك ، وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها ، حتى إذا مامر عليها سقط فيها ومات أو جرح ، فلا شك أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أو الجرح ، وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه المجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه ، وكإطلاق حيوان مفترس على المجنى عليه بقصد قتله فيفترسه الحيوان ، وكأمر طفل غير مميز بقتل

شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدى إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه .

(ب) سبب شرعى: وهو مايولد المباشرة توليدا شرعيا ،أى : أساسه النصوص الشرعية ، كشهادة الزور بالقتل والسرقة فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق ، وتنفيذ الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت والقطع ، وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع ؛ فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت أو القطع .

(ج) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف ، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر . ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها ، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار سبب محسوس للموت إذا مات المجنى عليه محترقا ، ولكن إذا أنقذ المجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاجه فانهدم المستشفى على المجنى عليه ومات تحت الأنقاض ،فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه ، وينقلب إلى سبب عرفى .

والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه ، أى ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم [1] .

الشرط : هو مالا يحدث الجريمة وهو علة لها ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثانى ، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٠ ـ الوجيز للغزالى ص ١٢٢ وما بعدها ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٤ .

الإلقاء فى البئر لا حفر البئر ، ولـكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذى حدث لولا وجود البئر ، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التى وقعت بواسطة الإلقاء فى البئر .

٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها ، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأى حال ، وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة إلا أن فاعله لم يأته بقصد إجرامى. ولـكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ، فإذا أسقط شخص آخر فى بئر حفرت للرى فمات من سقطته فلا مسئولية على حافر البئر ، لـكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فحافره مسئول ، ومن يستدرج القتيل لمحل قتله مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة ، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل [١] .

أما صاحب المباشرة والتسبب فـكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه ، على أن الأمر فى تحديد المسئولية يدق إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشر والمتسبب ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحـكم هذه الحالة :

أولا : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به ، فإن المباشر أو المتسبب يسأل عن الجريمة ، ولا عبرة بسكوت المجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله فى ذلك ؛ لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، وليس لسكوت المجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل فى حدوث الجريمة ، ولا يمكن عقلا أن يكون علة لها ، فمن أحدث بآخر جرحاً بقصد قتله فمات من

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ٦ .

الجرح فالفاعل مسئول عن القتل العمد ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل فى علاجه .

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدى بطبيعته للجريمة وكان الدفع موثوقاً به فلم يدفع المجنى عليه الفعل ، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه ؛ لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علتها ، و إنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة المجنى عليه ، ومثل ذلك أن يلقى شخص بآخر فى ماء قليل لا يغرق ، فيبقى هذا الآخر مستلقياً فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيغرق ، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط ولا يسأل عن نتيجة الإلقاء فى الماء وهى الموت ؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء و إنما كان نتيجة بقائه فى الماء ، على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى فى المـاء مختاراً مع قدرته على الخروج منه ، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك ، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، ومن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المبدأ ولـكنهم يختلفون فى تطبيقه ، فالشافعية مثلا يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يؤدى بطبيعته للموت ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف ، والحنابلة يرون أن من أحدث الفصد مسئول عن القتل ؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت ؛ ولأن الدفع ليس موثوقاً به[١] .

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدى بطبيعته للجريمة والدفع سهل ، كما لو ألقى من يحسن السباحة فى ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص فى نار قليلة يستطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، فى هاتين الحالتين وأمثالهما

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها — المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ .

خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل ؛ لأن الإلقاء في الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ؛ ولأن أعصاب الملقى في النار تتشنج بإلقائه في النار فتعسر عليه الحركة ؛ ولأن العادة أن لا يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء . ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلا مادام المجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل ، والخروج من النار فبقى فيها[١] ، وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولا جنائياً ، ولكن الفريق الأول يجعله مسئولا عن نتيجة الفعل ، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولا عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية ، وأكثر الذين يعتبرون الفاعل قاتلا يعتبرونه قاتلا شبه عمد لا قاتلا عمداً ؛ لأن الفعل لا يؤدى غالباً للموت .

٣١٦ - الفرق بين مسئولية المباشر ومسئولية المتسبب : الأصل في الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كلاهما مسئول جنائياً عن فعله ، لكن المساواة في المسئولية لا تستلزم تساويهما في العقوبة في جرائم الحدود ؛ لأن القاعدة في جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر[٢] فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل في الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة ، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب فخصصت عقوبة الحدود لشدتها بما هو أصل وبما يغلب وقوعه .

أما جرائم القصاص فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معاً عند مالك والشافعى وأحمد ؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ - المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ .

القصاص لإمكان الجانى أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب[١] .
ولـكن أبا حنيفة لايسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب[٢]
مع أنه يعتبر الفعل فى الحالين قتلا عمداً ، وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل
المباشر ويدرأها عن القاتل المتسبب ، وحجته فى هذا أن عقوبة القتل العمد هى
القصاص ، ومعنى القصاص المماثلة ، والقصاص فى ذاته قتل بطريق المباشرة .
فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة
القصاص المماثلة فى الفعل ، فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص
منه ؛ لأن الحفر سبب القتل ولـكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر
زوراً بأنه ارتـكب جريمة عقوبتها القتل فحـكم عليه بالقتل على أساس هذه
الشهادة المزورة لا يقتص منه ؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحـكم بالإعدام
إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة[٣] .

وفى جرائم التعزير لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب ، فالعقوبات المقررة
لهما واحدة ، ولـكن هذا لا يقتضى التسوية بينهما فى نوع العقوبة التى توقع على
كليهما ومقدار هذه العقوبة ؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية
فى اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة ، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها
الأدنى والأعلى

٣١٧ - مدى مسئولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة : -

إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المتسبب والمباشر
عن حالة من ثلاث : —

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ وما بعدها — مواهب الجليل ج ٦
ص ٢٤١ .

(٢) يعتبر أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلا مباشراً إذا كان من باشر القتل أداة فى يد المتسبب
كما فى حالة الإكراه .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

الأولى : — أن يغلب السبب المباشرة : ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هى السبب ، ولما كان فعل الجلاد لا يعتبر عدوانا كان صاحب السبب أى شاهد الزور هو القاتل ، وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسئولية المباشر ووقعت المسئولية على عاتق صاحب السبب(١) .

الثانية : — أن تغلب المباشرة السبب : — وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كمن ألقى إنسانا فى ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح فى الماء ، وكمن ألقى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف ، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالمسئول عن القتل فى هذه الصور هو المباشر وعليه وحده القصاص ، أما المتسبب فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجته وهى الموت .

ويرى البعض أن المباشرة لا تقطع عمل السبب إذا كانت السلامة من السبب غير متوقعة ، كمن رمى آخر من شاهق لا يمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقدّه بالسيف ، فإن السبب فى هذه الحالة يعتدل مع المباشرة ، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسئولين عن القتل ؛ لأن عمل كل منهما يتمم عمل الآخر ، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه(٢) ، والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة .

ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا وكانت المباشرة

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٨٥ .

عدوانا ، بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب[(١)] وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب فهو مسئول عن فعله كلما كان فعله معصية .

وأهمية هذه القاعدة لاتظهر إلا فى جرائم الحدود والقصاص ؛ لأن تغليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدى إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره ، ويجعل عقوبة المتسبب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب .

الثالثة : — أن يعتدل السبب والمباشرة : — بأن يتساوى أثرهما فى إحداث الجريمة ، وفى هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل ، كالإكراه على القتل والأمر به ؛ فإن المكره والآمر مسئولان عن القتل كما يسأل المكره والمأمور .

وعند أبى حنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبداً ؛ لأنه يضيف الحكم للمباشرة كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواناً ، وهو فى هذا يخالف مايراه مالك والشافعى وأحمد ، وإذا كان أبو حنيفة يعتبر المكره مسئولا عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة ، وإنما ؛ لأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة فى يده .

٣١٨ — رابطة السببية والمسئولية : — ويشترط لمسئولية الجانى عن الجريمة التى تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله ، وأن يكون بين الفعل الذى أتاه والنتيجة التى يسأل عنها رابطة السببية .

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجانى ونتيجته ، إذا كان فعل الجانى مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالا مباشراً . أما إذا كان فعل

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٨١ — مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ .

الجانى سبباً فقد يصعب فى كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية بين الفعل والنتيجة حيث لا يتصل الفعل اتصالا مباشراً بنتيجته ، وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض ، أو قطع بعضها عمل البعض ، وكلما بعدت النتائج ، وتوالدت الأسباب بينها و بين الأفعال، وسنستعرض فيما يأتى هذه المصائب ونبين حكمها .

٣١٩ - تعدد العلل المسببة للنتيجة : القاعدة أن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره[١] دخل فى إحداث النتيجة ، فالجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذى أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التى اشتركت فى إحداثها ، فمن أحدث بآخر جرحاً قاتلا بقصد قتله فأدى الجرح للموت فهو مسئول عن القتل العمد ، وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجانى إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجانى مسئول عن القتل العمد ، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات ، و يستوى أن تكون الإصابات التى كانت بالمجنى عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه أو عن فعل غيره ، كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلا، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً بقصد قتله فمات من جميع الإصابات ، فالجانى مسئول عن القتل العمد ، ولو أن بعض الإصابات التى أدت للموت ناشئة عن فعل مباح ، وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية ، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التى أحدثها الجانى وليست سابقة عليها .

وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض ، فإن الجانى الذى أحدث

(١) المفروض أن الجانى لا علاقة له بغيره من الفاعلين .

أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل فى القتل على انفرادها ، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التى يحدثها كل جان ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله ، فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

وإذا أساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج ، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر فى العملية ، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة فإن الجانى مع ذلك يسأل عن القتل العمد ، مادام فعله مهلكا بذاته ، أو كان له منفرداً دخل فى إحداث النتيجة .

وإذا كان المجنى عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجانى مسئولا عن قتله عمداً إذا ضربه أو جرحه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ، مادام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير .

٣٢٠ - انقطاع فعل الجانى : — ويسأل الجانى عن نتيجة فعله مالم ينقطع فعل الجانى بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله ، ففى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته ، فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلا بقصد قتله يعتبر قاتلا له عمدا إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل ، والأول جارح لا قاتل ؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث .

ويسأل الجانى عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة، ولو كان الجانى قاصداً النتيجة ، فمن يجرح إنساناً قاصداً قتله فيشفى الجرح يسأل باعتباره جارحاً لا قاتلا ؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت .

٣٢١ - توالى العلل والمسببات : - قلنا : إن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره دخل فى إحداث النتيجة ، وهذه هى القاعدة العامة فى الشريعة ، ومن السهل تطبيقها

كلما كان فعل الجانى علة مباشرة للنتيجة ، كذبح شخص بسكين ؛ فإن الذبح علة مباشرة للموت . ولكن المسائل لا تعرض دائماً بهذه السهولة ، فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجانى هو العلة المباشرة للنتيجة ، وإنما تتولد العلل وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجانى والنتيجة التي يسأل عنها ، و بحيث يبعد الفعل عن النتيجة ، ولا يكون سبباً مباشراً لها ، ومثل ذلك أن يحدث الجانى بالمجنى عليه جرحاً بقصد قتله فينقل المجنى عليه إلى المستشفى فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه المجنى عليه ، فهل يسأل الجانى عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل المجنى عليه إلى المستشفى ، وأن النقل تولد عنه موت المجنى عليه محترقا ، أم يسأل الجانى عن الجرح فقط ؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالث ، فيحكم على المتهم البرىء بالقتل و ينفذ فيه ، ثم تتبين بعد ذلك براءته ، فهل يعتبر شاهد الزور قاتلا باعتبار أن فعله علة للحكم ، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه ؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلل والأسباب :

أولها ـ العلل والأسباب الحسية : وهى العلل التى تتولد عنها النتائج توليداً محسوسا مدركا لاشك فيه ولا خلاف عليه ، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى، فكلما كان فعل الجانى علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة ، كإشعال النار فى بيت المجنى عليه بقصد قتله ، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا ، فإن الجانى وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل ، وكان إحراق المنزل علة فى موت المجنى عليه محترقا .

ثانيها ـ العلل والأسباب الشرعية : ـ وهى العلل والأسباب التى تولد

نتائج يسأل عنها الجانى بمقتضى النصوص الشرعية ، كاعتبار شاهد الزور فى جريمة القتل قاتلا للمحكوم عليه . وهذا النوع من العلل يتحمل الجانى نتيجته التى ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضعفت صلة السببية بين النتائج والفعل .

ثالثها: العلل والأسباب العرفية : وهى كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليداً حسياً ولا شرعياً، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين . وتنسب العلة أو السبب إلى العرف؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم .

وحكم هذا النوع من العلل أن الجانى يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب ، إذا كان العرف يقضى بمسئولية هذه النتائج ، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها ، فمثلا لو خرق شخص قارباً يركبه المجنى عليه بقصد إغراقه فى لجة لا نجاة منها فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجنى عليه بنفسه فى الماء سابحاً فالتقمه حوت ، فإن الجانى يسأل عن القتل ولو أن فعل الجانى وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت بل كان علة لغرق القارب ، وكان غرق القارب علة لإلقاء المجنى عليه بنفسه فى الماء ، وكانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهام الحوت له ، وهذه العلة الأخيرة هى التى أدت مباشرة للموت ، ويسأل الجانى عن النتيجة التى ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عن فعله ؛ لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويعتبر الجانى قاتلا . وإذا ضرب الجانى شخصاً بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع المجنى عليه فى مستشفى ، ثم حدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت المجنى عليه تحت الأنقاض ، فإن الجانى يسأل باعتباره جارحا فقط ، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهى الموت ، ولو أن الموت كان علة لوجود المجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجانى؛ لأن العرف لا يعتبر الجانى قاتلا فى هذه الحالة . والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة

بقصد قتل إنسان معين لا يسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود ، وإنما يسأل عن الأفعال التى أتاها دون نتيجتها ؛ لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدى للقتل .

٣٢٢ - نظرية السببية فى الشريعة : - ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية فى الشريعة وهى أن الجانى لا يسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية ، وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها ، أوهى الرباط الذى يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول ، فإذا توفرت هذه الرابطة كان الجانى مسئولا عن نتيجة فعله ، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته ، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعيا أو بفعل شخص آخر ، فإن الجانى يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته .

ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد المحدث للنتيجة ، بل يكفى أن يكون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداث النتيجة ، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجانى هو الذى سبب النتيجة وحده ، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل المجنى عليه أو الغير ، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية .

والجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو كان علة غير مباشرة للنتيجة ، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجانى ، مادام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجانى مسئولا عن مثل هذه الحالة .

ولا يسمح الفقهاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد ، بل يقيدون التوالد والتوالى بالعرف فما اعتبره العرف سببا للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سببا بعيدا ، ومالم يعتبره العرف سببا للنتيجة فهو ليس سببا لها ولو كان سببا قريبا .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك ؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ، فلو أنهم اكتفوا في تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنسى فى القتل العمد لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل ما يتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة ؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى ضمن لنظرية الشريعة البقاء ما بقى الناس ؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ما تراه عدلا ، ونظرية الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

٣٢٣ - بين الشريعة والقوانين : - ونظرية الشريعة فى السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة القوانين الوضعية .

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر أى : السبب الذى يؤدى الموت بشرط أن لا تتوسط بينه و بين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه ، فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه بقصد قتله فأهمل المجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان مريضا أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت ؛ لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل .

و يطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه في حالة القتل العمد فقط ، ولكنهم لا يرون بأسا من قبول السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وفي هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ؛ لأنه إذا كان العدل يقتضي أن لا يقبل في القتل العمد إلا السبب المباشر فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضي أن يقبل السبب غير المباشر في القتل الخطأ فمن الظلم أن لا يقبل في القتل العمد .

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا ، وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة في ألمانيا وانجلترا و إيطاليا وسويسرا وانتقلت إلى غيرها من البلاد . وتعتبر النظريات الألمانية في السببية أنموذجا لأحدث النظريات في السببية ولذلك سنكتفي بعرضها .

وأول النظريات الألمانية هي نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال ، وبمقتضى هذه النظرية يسأل الجاني عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسي في إحداثها ، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة ؛ لأن هذه العوامل تعتبر شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها مادام أنها لا تقوم بالدور الأول في إحداث النتيجة ، أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول في إحداث النتيجة فإن النتيجة تنسب إليه و يصبح فعل الجاني شرطا لحدوث النتيجة لا سببا لها . وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها ، مع أنها جميعا ضعيفها وقويها ضرورية لإحداث النتيجة ، ولو امتنع أحدها مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذي انتهت به .

وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية هي نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى ، ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التي تؤدي لإحداث النتيجة بل يضعونها جميعا في مستوى واحد ، وعندهم أن فعل الجاني هو العامل

الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت ، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها ، ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية ، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره ، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية ، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة .

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة ، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتواليها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة .

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم ، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل ، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل ولكنها لا تحمل الجانى المسئولية عن النتيجة إلا إذا اعتبر فعله سببا ملائما لإحداث النتيجة ، ويعتبر السبب ملائما إذا كان كافيا لإحداث النتيجة طبقا لما تعارف عليه الناس وما تقتضيه طبائع الأشياء .

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية ، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسئولية ، ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرنا ، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى ؛ لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها .

الفصل الثانى

فى ارتفاع المسئولية الجنائية

٣٢٤ - علة ارتفاع المسئولية الجنائية : - بينا فما سبق أن المسئولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة[١] : هى (١) إتيان فعل محرم (٢) أن يكون الفاعل مختارا (٣) وأن يكون مدركا . فإذا توفرت هذه الأسس الثلاثة ، توفرت المسئولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها ، لم يعاقب الجانى على فعله ، على أن عدم العقاب لايرجع فى كل الحالات إلى سبب واحد بعينه ، فإذا لم يكن الفعل محرما فلا مسئولية إطلاقا ؛ لأن الفعل غير محرم ، والمسئولية لا تكون قبل كل شىء إلا عن فعل محرم ، وإذا كان الفعل محرما ، ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسئولية الجنائية قائمة . ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار.

فالمسئولية ترتفع إذن ، إما لسبب يتعلق بالفعل ، وإما لسبب يرجع للفاعل ، وفى الحالة الأولى يكون الفعل مباحا ، وفى الحالة الثانية يبقى الفعل محرما ، ولكن لا يعاقب على إتيانه .

٣٢٥ - أسباب الإباحة : يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية ؛ لأسباب متعددة ، ولكنها كلها ترجع ، إما لاستعمال حق ، وإما لأداء واجب ، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذى يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذة الفاعل ؛ لأن الشريعة جعلت له حقا فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه فأباحت له بذلك إتيان ماحرم على الكافة .

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

٣٢٦ - أسباب رفع العقوبة : وترتفع العقوبة عن الفاعل لأربعة أسباب هى : (١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن . وفى هذه الحالات الأربع يرتكب الجانى فعلا محرماً ولكن العقوبة ترفع عنه ، لفقدان الاختيار أو الإدراك .

٣٢٧ - الإعفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجانى من العقاب بالرغم من أنه استحقه ؛ لارتكابه فعلا محرماً وهو متمتع بالإدراك والاختيار ، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة ، ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدأ الاستثنائى تشجيع الجانى على التوبة فى الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها ، خصوصاً وقد جاء النص المقرر للمبدأ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحرابة، وهى من أخطر الجرائم وذلك قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم، فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة : ٣٣ ، ٣٤] ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحرابة ، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف[١] . ولا شك أن المبدأ الذى جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة فى ذلك .

٣٢٨ - بين الشريعة والقانون : هذه هى أسباب ارتفاع المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، وهى بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسئولية فى القوانين الوضعية ، وحكم هذه الأسباب فى الشريعة والقوانين واحد من حيث التكييف ، فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً للفعل فلا

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٣

جريمة فى فعل يستعمل حقاً أو يؤدى واجباً ، وهذا هو نفس الحكم فى القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة . والشريعة ترفع العقاب فى حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن ، مع بقاء الفعل جريمة ، وهكذا الحكم فى القوانين ، والشريعة تعفى من العقاب فى بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه ، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة.

والفرق الوحيد بين الشريعة والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، أى : من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن ، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا فى أواخر القرن الثامن عشر ، وفى القرن التاسع عشر . ولم تعرفه إلا سبباً بعد سبب وخطوة بعد خطوة .

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

٣٢٩ - العلة فى إباحة الأفعال المحرمة : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة ؛ ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها فى الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع .

فالقتل مثلا محرم على الكافة ، وعقوبة القاتل عمداً القصاص أى : القتل، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولى الدم وذلك قوله تعالى :

﴿ ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليه سُلْطَاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء:٣٣] فولى الدم حين يقتل القاتل يأتى عملا مباحاً له بصفة خاصة ، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة ، وهو حين يأتيه يحقق غرضين من أغراض الشارع . أولهما: القصاص من القاتل . وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولى الدم .

والجرح محرم على الكافة ، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية ، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض ؛ لإنقاذه من آلامه أو لإنقاذ حياته ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقى بنفسه فى التهلكة ، فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة ، والتداوى من المرض ، وإنقاذ النفس من الهلكة .

والضرب محرم على الكافة ، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا ، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم؛ فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم .

وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع ، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة .

وإذا كان الفعل المحرم قد أبيح ؛ لتحقيق مصلحة معينة فقد وجب منطقياً أن لا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التى أبيح من أجلها ، فإن ارتكب الفعل لغرض آخر فهو جريمة ، فالطبيب الذى يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدى واجباً كلف به فعمله مباح ، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة .

٣٣٠ ـ الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل

حقه وأن لا يستعمله ، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه ، فالحق إذن هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه .

ويقابل الحق . الواجب ، وكلاهما يختلف عن الآخر فى طبيعته ، فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه ؛ فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه ويعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب .

وإذا كان الحق والواجب يختلفان فى طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية فى أن الفعل الذى فعل ؛ أداء لواجب أو استعمالا لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يعتبر حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فالقتل قصاصاً هو حق لولى الدم إذا باشره ، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له ، والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب ولكنه واجب على المدرس والمعلم .

وللتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولها وهو متفق عليه من الفقهاء ، أن الحق لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه . وثانيهما : وهو مختلف عليه بين الفقهاء ، أن الحق يتقيد بشرط السلامة وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، أى : أن من باشر حقاً مسئول دائماً عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق ؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه ، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى ، أما مالك وأحمد فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين ننظر هل يتحتم

إتيان الفعل أم لا ؟ « وهل يعاقب على تركه أو يأثم بتركه أم لا ، فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقب على تركه ، أما إذا كان له أن يأتى الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له .

وإذا حللنا الحق وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق ، فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلا ، أو الإبن أو التلميذ ، وإذا حللنا الواجب وجدنا أنه يعطى أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويجعل مباشرة الواجب حقاً له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب ، نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والإبن . فالمكلف بالواجب هو فى الواقع صاحب حق على محل الواجب ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه ، وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب .

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعى . (٢) التأديب . (٣) التطبيب . (٤) ألعاب الفروسية . (٥) إهدار الأشخاص . (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

الفرع الأول

فى الدفاع الشرعى

٣٣١ ـ الدفاع الشرعى فى الشريعة على نوعين :

ا — دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل .

ب — دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً .

المطلب الأول

الدفاع الشرعى الخاص
أو
دفع الصائل

٣٣٢ - معنى الدفاع الشرعى الخاص: الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أونفس غيره، وحقه فى حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.

والدفاع الشرعى الخاص سواء كان واجباً أوحقاً مقصوداً به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه

ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدى صائلا والمعتدى عليه مصولا عليه.

والأصل فى دفع الصائل قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] وماروواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كان لى أجير فقاتل إنساناً فعض أحدهما يد الآخر، فانتزع المعضوض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبى فأهدر ثنيتيه وقال «أفيدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل» وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله: «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد» وماروواه أبو هريرة عن رسول الله قال: «لو أن أمرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، لقوله عليه

السلام : «انصر أخاك ظالما أومظلوما» ولقوله «إن المؤمنين يتعاونون على الفتان»

٣٣٣ - التكييف الشرعى لدفع الصائل : لاخلاف بين الفقهاء فى ان دفع الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره ، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه ؟ .

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطيع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك .

والواجب هو الذى يذم تاركه و يلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر [١] ، و يستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية .

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعفى من أدائه .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها - المستصفى للغزالى ج ١ ص ٦٥ ، ٦٦ .

وانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب و بين الحق ؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لاتخيير فيه ، كما أن صاحب الحق لايعتبر آثما بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعاً (١) .

واختلف الفقهاء فى الدفاع عن النفس ، فظاهر مذهب أبى حنيفة يتفق مع الرأى الغالب فى مذهبى مالك والشافعى على أن دفع الصائل عن النفس واجب (٢) والرأى المرجوح فى مذهبى مالك والشافعى يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز (٣) وليس واجباً . وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فى الفتنة «اجلس فى بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك - أوفى لفظ آخر - فكن عبد الله المقتول ولاتكن عبدالله القاتل » كذلك يحتجون بعمل عثمان رضى الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه .

و بعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها ، و يجعلون الدفاع جائزاً مطلقاً فى حالة الفتنه ، أما فى غير حالة الفتنة فيجعلونه واجباً مطلقا (٤) ، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية (٥) .

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجبا ، فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء ، وأن لا يدفعه . والفرق بين المال والنفس ، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان مالافيه روح، أى : ليس جماداً ، أو كان مالاللغير فى يد

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٧٤

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨١ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ - الزيلعى وحاشية الشلبى ج٦ ص ١١٠ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٠ ومابعدها

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٩٠

(٥) حاشية الرملى ج ٤ ص ١٦٨ وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ — شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٨ ص ١١٨

المدافع كال المحجور عليه أو الوقف ، أومالا مودعا ، أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة [١] .

ثانيهما : صيال الصبي والمجنون والحيوان : ـ يرى مالك والشافعي وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع ، فإذا قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمى نفسه من الصيال إلا بالقتل فلامسئولية عليه من الناحية الجنائية أوالمدنية ، لأنه كان يؤدي واجبه في دفع الصائل عن نفسه [٢] .

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه مسئولا مدنيا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ،وحجتهم في ذلك أن الدفاع شرع لدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لايعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ، ولكن للمعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على أساس الضرورة الملجئة ، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفي من الضمان و إن أعفت من العقاب ؛ لأن الدماء والأموال معصومة ؛ ولأن الأعذار الشرعية لا تنافي هذه العصمة .

و يرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولا عن قيمة الحيوان فقط لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ، أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة ، و يترتب على هذا أن يكون المصول عليه في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان [٣]

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٨ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٢٣ — تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٣٠٣ — الأم جـ ٦ ص ١٧٢ المهذب جـ ٢ ص ٢٤٣ الإقناع جـ ٤ ص ٢٨٩ .

(٣) البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٢

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع فى كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمى نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس ، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمى ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا ، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء ، فإذا لم يكن فى الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء ، فمشروعية منع الاعتداء هو الذى أحل دم الصائل وليس الاعتداء فى ذاته . ومن ثم فليس من الضرورى أن يكون الاعتداء جريمة [(١)] .

٣٣٤ – بين الشريعة والقانون : بينا فيما سبق التكييف الشرعى للدفاع ، أما تكييف الدفاع فى القوانين الوضعية فقد اختلف باختلاف الأزمنة ، فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعى لا القانون الوضعى ، وفى العصور الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة . وفى القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه ، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية . وفى القرن التاسع عشر ، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه لأن الخطر المحدق بالمدافع يجعله عديم الاختيار ؛ ولأن الجانى يندفع بغريزته للمحافظة على حياته . وقد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعلل الدفاع عن الغير ولا عن المال ، وأنه يؤدى إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب .

وأحدث الآراء اليوم فى القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعى بل أداء لواجب ؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله ، فضلا عن أن الجماعة

---

(١) الأم جـ ٦ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

لامصلحة لها فى العقاب ؛ لأن المدافع ليس بالمجرم الذى يخشى على الجماعةمن شره

والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت فى القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية فى القرن السابع ، فالدفاع يكيف فى الشريعة بأنه واجب فى أكثر الحالات ، حق فى بعضها ، وهو يكيف اليوم فى القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجباً ، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد المجنون. أو الطفل ، ولو أن كليهما معفى من العقاب ؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقاباً يقع على المعتدى ، وإنما هو دفع لعدوانه ، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء .

ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استناداً إلى حق الدفاع الشرعى ، أو استناداً إلى أنه حالة ضرورة ، فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية ، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن اعتباره معتديا أو مرتكباً لجريمة ، وأن حالة الضرورة هى التى تبيح قتل الحيوان ، ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعى بالنسبة للحيوان ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد [١] .

ويتفق القانون المصرى مع مذهب أبى حنيفة فى اشتراط أن يكون فصل الصائل جريمة ، فإن لم يكن جريمة ، لم توجد حالة الدفاع [٢] .

٣٣٥ ـ شروط دفع الصائل : ـ لدفع الصائل شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه فى حالة دفاع وهذه الشروط هى : أولا ـ أن يكون هناك اعتداء أو عدوان . ثانياً ـ أن يكون هذا الاعتداء حالا . ثالثاً ـ أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر . رابعا ـ أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ ١ ص ٥٢٥ .

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى .

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء . ـ يجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء ؛ فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه ، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب ، والمعلم إذا أدب الصبي ، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق ، ومستوفى القصاص حين يقل القاتل أو يقطع يده قصاصاً ، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداء ، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب .

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان فى الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك ، من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم .

وليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ، ويصح أن يكون بسيطاً ، وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله ، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله[١] .

وليس من الضرورى فى رأى مالك والشافعى وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها ، ولكن يكفى أن يكون عملا غير مشروع ، وليس من الضرورى فى رأى هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولا جنائياً عن فعله ، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلا ، ويكفى لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أيا كان غير مشروع . أما أبو حنيفة وأصحابه ، فيشترطون أن يكون الاعتداء

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

مما يعتبر جريمة معاقباً عليها ، وأن يكون الصائل مسئولا جنائياً عنها ، وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة ، ويخالفهم أبو يوسف فى هـذا حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون حاجة لأن يكون الصائل مسئولا عن الجريمة جنائياً ، ورأى أبى يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة .

ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ، ولـكن أبا حنيفة وأصحابه جميعاً لا يرون مبرراً لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان ؛ لأن فعله لا يعتبر جريمة ، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة ، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصرى ، الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتـله دون مقتض (م ٣٥٥ عقوبات) هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة وهو الرأى الراجح ؛ لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته ، أما إذا أمكن فى بعض الأحوال اعتبار الفعل جريمة من صاحب الحيوان ؛ فالدفاع يوجد ولـكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات .

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه ، فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدراً ، أما المصول عليه فمعصوم، و إذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدراً مع بقاء المصول عليه معصوماً ، ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت،فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سراً ، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج ، فقضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها .

لـكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحـد اللازم لرد العدوان اعتبر الزائد منها عدواناً وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريرته .

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلا ، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء ، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيعتدى ، فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع فى نفسه ، فإن وقع فى نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع فى نفسه ذلك لم يكن له ضربه[1] ، ويجب أن يكون الاعتقاد بالاعتداء غالباً على الظن حتى يمكن تبرير الدفاع ، أما الوهم والظن الضعيف فلا يبرره ، فإذا دخل رجل بالسلاح دارا فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله ؛ لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل ؛ وإذا توقع صاحب الدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنياً على أسباب معقولة فيا قتله ولا شىء عليه .

وإشهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه فى حالة دفاع ولا يجعله مصولا عليه ؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يعتبر اعتداء ، لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه ، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهى بانتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء ، فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى ، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه ، فإذا فعل من ذلك شيئاً فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته ، ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال ، وتعتبر حالة الدفاع قائمة

---

(١) الأم ج ٦ ص ٢٧ .

(٢) نفس المرجع السابق .

حتى يسترد من الصائل ماأخذه ، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى .

والرغبة فى الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء ، فمن كان يريد الاعتداء ولـكنه لا يستطيعه فضربه أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن فى ذاته .

الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالا : — لايوجد المصول عليه فى حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا ، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء فى الفعل أو الظن لحلول الاعتداء هو الذى يخلق حالة الدفاع ، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلا للدفاع ، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلا للدفاع ، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل ، وإذا اعتبر التهديد اعتداءفىذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه ، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد .

الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : — يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تـكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها ، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداءفهومعتد ، فإذا أمكن دفع الصائل مثلا بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله ، فإن فعل كان فعله جريمة[1] ، وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية فى الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله[2] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .
(٢) الأم ج ٦ ص ٢٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

وقد اختلف الفقهاء فى الهرب كوسيلة لدفع الاعتداء ، فمن رأى أن الهرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء فقد أوجب الهرب على المصول عليه؛ لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء ، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن[١] . ومن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه لا يلزم المصول عليه بالهرب ، ويجعل له أن يثبت و يدافع إذا لم يكن إلا الهرب أو الدفاع[٢] . وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الهرب مشيناً أو غير مشين ، وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً[٣] . و يشترط على كل حال عند من يرون الهرب دفاعاً أن يقوم الهرب مقام الدفاع ، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحريم ولم يستطع المدافع الهرب بالمال أو الحريم فلا يعتبر الهرب دفاعاً ولا يلزم به المصول عليه[٤] .

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لرده : — يشترط فى الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع فالمصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل ، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه ، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه ، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب موليا لم يكن له قتله ولا اتباعه ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه ؛ لأنه كفى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية ؛

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ .
(٢) نفس المرجع السابق والأم ج ٦ ص ٢٨ .
(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .
(٤) المرجع السابق وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

لأنه فى حال لا يجوز له فيها ضربه »[١] وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر ؛ لأنه تلف لدفع شره[٢] .

ومن قصده رجل فى نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به ، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وإن كان فى موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد ، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل . وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله ، وجب عليه الضمان[٣] أى : العقاب ؛ لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع ، وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى ؛ لأن القصد كف أذاه[٤] .

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا ، فعله ولا مسئولية عليه .

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها ، فلا شىء عليها . ومن قضاء عمر رضى الله عنه فى هذا الباب أن رجلا أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر « والله لا يودى أبداً »

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذى تندفع به ، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية إلا فى مذهب

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ .
(٢) نفس المرجع السابق .
(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان ، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .
(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٤١ .

أبى حنيفة فإنه يسأل مدنيا فقط ، لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة ،وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجنائية ولا ترفع المسئولية المدنية .

وإذا اطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فله أن ينهاه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به ، فإن لم يندفع إلا بفقأ عينه ففقأها فلا مسئولية عليه ، وهذا رأى مجمع عليه فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد(١) ،وحجتهما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » . وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع فى جحر من باب النبى صلى الله عليه وسلم وكان الرسول يحك رأسه بمدرى فى يده فقال الرسول «لو علمت أنك تنظر لطعنت به فى عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » وفضلا عن الحديثين فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع وعلى هذا الرأى الأقلية فى مذهبى مالك وأبى حنيفة أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يفقأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح فقأ عينه ، فالنظر إلى الإنسان فى بيته أولى أن لا يستباح به الفقأ ، ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة فى الزجر عن الاطلاع(٢) . ويرى المالكية أن الرمى أبيح للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين ، فإذا قصد عينه فعليه القود ، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه فهى إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئاً لا عامداً (٣) .

ويرى علاء الدين الكاسانى أن الأصل فى كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل ، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع . فإن شهر

(١) المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥ — المهذب الجزء الثانى ص ٢٤٢ .
(٢) حاشية ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٨٥ .
(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

عليه سيفه يباح له أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، ألا ترى أنه لواستغاث الناس ، يقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلاشيء عليه[1].

ولا حرج على المصول عليه إذا تعذر بدر الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء مادامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء . وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفا أوسكينا فلاحرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا[2].

وليس المصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداء إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه[3]. والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبنى على أسباب معقولة ، فبهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقى الذى وقع أو الضرر الذى كان الصائل ينتوى أن يحدثه فللمصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن المصول عليه قائماً على أسباب معقولة .

ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة ؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر وقد يؤدى إلى إهلاك المصول عليه[4] ومن ثم يرجع فى تقدير القوة الملائمة لظروف كل واقعة .

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذى تعدى به حد الدفاع المشروع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .
(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٧ .
(٣) شرح الزرقانى وحاشية البنانى الجزء الثامن ص ١١٨ .
(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب ، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح ، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل ، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثانى ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء .

وبين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء ، فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء،فقد انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء ، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولكن لا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه فللمدافع أن يتتبعه حتى يسترد منه ما أخذه ، وأن يستعمل معه القوة اللازمة فى استرداده ، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله[1] .

والأصل فى أفعال الدفاع أنها مباحة ولاعقاب عليها ، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ فالفعل الذى وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع ، فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل فى ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ ، وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد فى ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ .

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو فى

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٧٤ .

الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد[1] وليس على صاحب المكان مسئولية ؛ لأنه من قبيل الدفاع ؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ، ولكن مالكا[2] يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم ، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه . ولعل رأى مالك أقرب إلى الدقة فى تطبيق قواعد الدفاع ؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر مايندفع به وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل . وقد تعرض شراح القوانين لهذه المسألة بالذات فمنهم من رأى الفعل دفاعاً ومنهم من لم يره كذلك ، وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعى[3] .

٣٣٧ - أيكون للصائل حق الدفاع ؟ : يصبح الصائل فى حالة دفاع إذا تعدى المصول عليه حدود الدفاع المشروع ؛ لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك اعتداء والدفاع يتولد عن الاعتداء ، أما إذا بقى فعل المصول عليه فى حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه . وإذا تجاوز المصول عليه حد الدفاع اعتبر عمله اعتداء ، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر مايندفع به .

٣٣٨ - حكم دفع الصائل : من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة ، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية ؛ لأن الفعل ليس جريمة ، ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية ؛ لأنه أتى فعلا مباحا وأدى واجباً أو استعمل حقاً قرره الشارع وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٧١ .
(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
(٣) القسم العام لأحمد بك صفوت ص ٢٢٤ .

مسئولية . أما إذا تعدى المدافع حـــدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية .

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسئولية المدافع مدنياً عن قتل الصبي والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه ، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسئولية المدنية فقط فى حالة قتل الحيوان ، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء .

٣٣٩ – بين الشريعة والقانون : هـــذا هو دفع الصائل فى الشريعة الإسلامية ، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لاتـكاد تختلف اليوم شيئاً عن أحكام الشريعة ، وقد بينا الأساس الذى يقوم عليه الدفاع فى الشريعة وقارناه بالأسس التى قام عليها الدفاع فى القوانين و يقوم عليها اليوم . أما شروط الدفاع فى الشريعة فهى نفس الشروط فى القوانين الوضعية الحديثة وعلى الأخص فى القانون المصرى والفرنسى ، وآراء الشراح فى هرب المدافع لاتختلف عن آراء الفقهاء ، فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه ، و بعضهم يفرق بين الهرب المشين والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائناً ، وحكم الدفاع فى الشريعة هو نفس حكمه فى القوانين الوضعية التى تجعل الفعل مباحاً ولا ترتب مسئولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا فى حالة تجاوز الدفاع .

المطلب الثانى

فى الدفاع الشرعى العام

أو

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

٣٤٠ – مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : الأصل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر قوله تعالى ﴿ولتكن منكم أمة

يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾ [آل عمران : ١٠٤] وقوله ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يسارعون فى الخيرات وأولئك من الصالحين﴾ [آل عمران:١١٣، ١١٤] وقوله : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر و يقيمون الصلاة ﴾ [التوبة : ٧١] وقوله ﴿ لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾ [المائدة:٧٨، ٧٩] وقوله : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران: ١١٠] وقوله ﴿ الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتو الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وقوله ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجراً عظيما﴾ [النساء:١١٤] وقوله ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] .

وقد تأكدت هذه المعانى جميعاً بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم. ومنها أنه روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال فى خطبة خطبها : أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها ﴿ياأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ [المائدة : ١٠٥] وإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده » .

وروى عن أبى ثعلبة الخشنى أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن تفسير قوله تعالى ﴿ لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ فقال « يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر فإذا رأيت شحاً مطاعاً وهوى متبعاً ودنياً مؤثرة وإعجاب كل ذى رأى برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام » .

وقال صلى الله عليه وسلم « لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » .

وقال « ما أعمال البر عند الجهاد فى سبيل الله إلا كنفثة فى بحر لجى ، وما جميع أعمال البر والجهاد فى سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا كنفثة فى بحر لجى » .

وقال « إياكم والجلوس على الطرقات » قالوا : مالنا بد ، إنما هى مجالسنا نتحدث فيها . قال : « فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها » قالوا . وما حق الطريق؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » .

وقال أبو عبيدة بن الجراح قلت يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجل؟ قال « رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش » .

وقال الحسن البصرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك ، فذلك الشهيد منزلته فى الجنة بين حمزة وجعفر » .

وقال عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط ، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله قال « من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطيع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

٣٤١ - ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : المعروف هو كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة ، والعفو عند المقدرة ، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا، والإحسان إلى الفقراء والمساكين ، وإقامة المعاهد والملاجىء والمستشفيات ، ونصرة المظلوم ، والتسوية بين الخصوم فى الحكم ، والدعوة إلى الشورى ، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها ، وصرف الأموال العامة فى مصارفها إلى غير ذلك .

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف ، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب خمراً فعليه أن يمنعه ويريق خمره ، ومن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك ، والمنع واجب سواء ارتكب المعصية فى سر أو فى علانية .

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع فى الشرع [1] ، ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية ؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ؛ ولأنهم لا يعتبرون فعل الصبى والمجنون معصية ؛ لأن الفعل فى رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً ؛ ولأن المعصية بلا عاص محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضاً كالدعوة إلى التبرع للمنكوبين أو الانخراط فى سلك المجاهدين ، وقد يكون الأمر بالمعروف عملا محضاً كالتبرع بمبلغ من المال أو الانضمام إلى المجاهدين ، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط فى سلك المجاهدين، أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا .

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ س ٣٥ .

والنهى عن المنكر قديكون قولا محضاً كالنهى عن شرب الخمر، وقديكون عملا محضا كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها . وإذا كان النهى عن المنكر قولا ، فهو النهى عن المنكر ، وإذا كان عملا فهو تغيير المنكر .

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغى عمله أو قوله طبقا للشريعة ، والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ماينبغى تركه أو تغيير ماينبغى تركه طبقا للشريعة (٢) .

٣٤٢ – التكييف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر :–

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا و يتركونه إذا شاءوا ، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه ، وإنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه ، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير ، وينشأ الأفراد على الفضائل ، وتقل المعاصى والجرائم ، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والأفراد يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر ، و بذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة ، ويقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم .

والفقهاء ، وإن كانوا قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا أنهم اختلفوا فى تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول فى صفة الواجب ، والوجه الثانى فيمن يلزمهم هذا الواجب .

الاختلاف فى صفة الواجب :– انقسم الفقهاء فريقين فى تحديد صفة الوجوب ، فقال البعض إن الواجب فرض عين أى : واجب محتم ، وعلى كل مسلم

---

(١) الفخر الرازى ج ٣ ص ٢٠ .

أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته ، أومن هو متفرغ لتأديته ، وهم يشبهونه بفريضة الحج فهى فرض عين ، ولكن على المستطيع ، وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر آكد من فريضة الحج ، ولم تشترط فيها الاستطاعة ؛ لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد ، فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم، وأن ينهى عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا ، والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف و ينهى عن المنكر فيما هو ظاهر ، وفيما هو خفى . و يرى أصحاب هذا الرأى أن فى جعل الواجب فرض عين حفاظاً للأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل [١] .

ورأى الفريق الآخر وهم جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، من فروض الكفايات كالجهاد ، فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره [٢] ، و يستدلون على ذلك بقوله تعالى: ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ وعندهم أن من [٣] للتبعيض ، وأن الله قال : ﴿ ولتكن منكم أمة ﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف ، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين ، فهو فرض ؛ لأن الله أوجبه بقوله : ﴿ ولتكن ﴾ وهو فرض كفاية ؛ لأنه واجب على البعض لا على الكل [٤] .

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب :ـ يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ ـ أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ .
(٢) الفخر الرازى ج ٣ ص ١٩ ـ الكشاف للزمخشرى ج ١ ص ٣١٩ ـ أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ١٢٨ ـ أحكام القرآن للقرطبى ج ٤ ص ١٦٥ ـ أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ .
(٣) يرى الفريق الأول أن من للبيان وليست للتبعيض .
(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٥ .

والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ، وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر وقد يغلظ فى موضع يستوجب اللين ، ويلين فى موضع الغلظة ، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرار ، وأنه ربما عرف الحكم فى مذهب وجهله فى مذهب آخر ، وأصحاب هذا الرأى من القائلين بأنه فرض كفاية ،وعندهم أنه مادام الواجب على الكفاية ، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر ، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب [٢] . ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض ، وإنما يسقط بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم ، وفضلا عن ذلك فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضى أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء ، ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدى إلى الأضرار التى يتوقعونها ؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهى عن السرقة والزنا.

٣٤٣ – الشروط الواجب توفرها فى الآمر بمعروف والناهى عن منكر :–

رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على كافة أفراد الأمة لا على فئة معينة منها ، ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى فى المنكر ، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب ، وإلى مبادىء الشريعة العامة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها

---

(١) الفخر الرازى ج ٣ ص ٢٠ – الكشاف للزمخشرى ج ١ ص ٣١٨ – مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسبة ص ٣٧ ، ٦٦ .

مختلف فيه ، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف و ينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا ، وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهى ؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدى إلى مسئولية التارك ، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر باعتباره واجبا لا يجب إلا على مكلف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى باعتبارهما قربة من القربات [1] ؛ لأن غير المكلف أهل للقربات، وله أن يأتى القربات ولو أنها لا تجب عليه ، ولا يجوز منعه من إتيانها ، ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها ، كصلاة الصغير وصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه ، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قربة ، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة أو الصوم ، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع ، وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء و يتركه إن شاء ، فالصبى المراهق للبلوغ له و إن لم يكن مكلفا إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر و يكسر أدوات الملاهى ، و إذا فعل ذلك نال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به .

الشرط الثانى وهو الإيمان :— يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى ، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب [2]

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٤ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٥ .

وقد روعى فى اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم فى أن يعتقد ما يشاء ، وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته ، فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حببت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك ، والنهى عن المنكر يدخل فيه النهى عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهى عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله ، و يدخل فيه النهى عن الترهب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم و بأن يعتقد ما يعتقده المسلم ، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام ، وهذا هو الإكراه فى الدين الذى تحرمه الشريعة الإسلامية فى قوله تعالى : ﴿ لا إكراه فى الدين ﴾ فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث وهو القدرة : ـ ويشترط فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن يكون قادراً على الأمر والنهى وتغيير المنكر ، فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أى : عليه أن يكره المعاصى وينكرها و يقاطع فاعليها .

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده ، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه ، ففى هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ، فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وأن لا يحضر مواضع المعاصى والمناكر ، ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهى عن المنكر ، و إذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر فى

درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه ، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ما هو أشر منه فقد سقط عنه الواجب ، بل حرم عليه النهى ، ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شراباً حلالا نجس بسبب وقوع نجاسة فيه و يعلم أنه لو أراقة لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته ، ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية ، فقد مر وبعض أصحابه فى زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر ، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم ، وقال لهم : إنما حرم الله الخمر ؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبى الذرية ، وأخذ الأموال ، فدعوهم وخمرهم[1] .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروهاً ، فلا يجب عليه الأمر والنهى[2] لعدم فائدتهما ، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين[3] .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، ولكن يستحب له أن يبطله[4] كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو ، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، وإنما يستحب له أن يبطله لا باعتباره واجباً ، بل باعتباره قربة من القربات .

و يلحق بالعجز الحسى العجز العلمى ، فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة ، وفيما عدا الجليات

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٢٦ وما بعدها ـ أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٨ مجموعة الرسائل ـ الحسبة ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط فى هذه الحالة . راجع أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لـكان ما يفسده أكثر مما يصلحه(١).

ولا يشترط فى إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما فى حكمه معلوماً علماً محققاً ، بل يكفى فيه الظن الغالب ؛ لأن للظن الغالب فى هذه الحالات معنى العلم وحكمه ، فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار ، ومن غلب على ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه ، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه ، أما إذا شك فيه من غير رجحان ، فإن الشك لا يسقط الوجوب(٢).

الشرط الرابع وهو العدالة : ـ يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط ، فيرون أن الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم ﴾ [البقرة : ٤٤] وبقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتاً عنـد الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ [الصف : ٣ ، ٤] وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء . وتقويم الغير فرع للاستقامة ، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره .

ولـكن الرأى الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنـكر ، وأنه لا يشترط فى الآمر أو الناهى أن يكون معصوماً عن المعاصى كلها ؛ لأن فى اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهى عن المنـكر ، ولهذا قال سعيد بن جبير : « إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شىء لم يأمر أحد بشىء » .

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصى ، أى : بإتيانه المحرمات وترك الواجبات ، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص٢٨ ، تفسير المنار الجزء الرابع ص٣٤ .
(٢) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص ٢٨ ، ٢٩ .

ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات ، وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس فى الآيتين اللتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإنما جاءا بالنعى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر و يأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصدقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة(١) .

الشرط الخامس وهو الإذن : و يشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك ، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدى إلى الفساد والفتن . ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأى ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ، و يرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها ، وحجتهم أن النصوص الواردة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وتجعل كل من رأى منكراً فسكت عليه عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له . وفضلا عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج فى إذنه لتأدية الواجب .

والرأى الأخير هو الرأى الذى جرى عليه العمل فى كل العهود حتى فى الأوقات التى خصص فيها الخلفاء والولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهى

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص ١٥ ـ ١٧ الكشاف الجزء الأول ص ٣١٩ ـ أحكام القرآن للجصاص ص ٣٣ الجزء الثانى .

عن المنكر ، فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب ، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ، و يتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئا من ذلك إنك مخطىء[(١)] .

والذين يشترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له ، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمراً فكسر دنانهم وأراق خمرهم ، أو وجد رجلا يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله ، لايعتبر أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل ؛ لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ، و إنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية .

٣٤٤ - شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : - ليس للأمر بالمعروف شروطاً خاصة ولا أوقاتاً خاصة ؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم ، وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى كل مناسبة . أما النهى عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهى أو التغيير وهذه الشروط هى (١) وجود منكر (٢) وأن يكون موجوداً فى الحال (٣) وأن يكون ظاهراً دون تجسس (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ماينفدفع به .

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهى عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ما كان محذور الوقوع فى الشرع ، ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف ، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٣ وما بعدها - إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٩ وما بعدها - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص٣٣ - البحرالرائق ج ٥ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ - الكشاف ج ١ ص ٣١٩ .

وكذا إن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنعه ، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فى النهى عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة فى الحمام والخلوة بالأجنبية ، وإتباع النظر للنسوة الأجنبيات ، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهى عنه ومنعه (١) .

ولكن يشترط فى المنكر أن يكون منكراً معلوما دون حاجة لاجتهاد ، فكل ماهو محل للاجتهاد لامحل للنهى عنه أوتغييره ، فليس للحنفى مثلا أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبع ، وليس للشافعى أن ينكر على حنفى نكاحا لا ولى فيه (٢) .

الشرط الثانى :أن يكون موجوداً فى الحال : ويشترط فى المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهى أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية ، فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهى عن المنكرأو تغييره . وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد ، فإذا اعترض شخص الجانى فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة ، أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضى هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعدادا لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لايجوز إذا أنكر عزمه على الشرب ؛ لأن فى الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكن ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : ــ يشترط للنهى عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس أو تفتيش ، فإذا توقف

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ ــ أسنى المطالب ح ٤ ص ١٨٠ .

إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ؛ لأن الله حرم التجسس فى قوله ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات:١٣] ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ؛ ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس فقال لمعاوية « إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم » وقال عليه السلام « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته ، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان فى جوف بيته » وقد استقر الأمر فى الشريعة على هذا من أول يوم ومما يذكر فى هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه فقد تسلق دار رجل فوجده على معصية فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه ، فقال وما هى ؟ فقال : قد قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وقد تجسست . وقال تعالى ﴿وأتوا البيوت من أبوابها ﴾ وقد تسورت من السطح ، وقال ﴿لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ﴾ وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة ، وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك ؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه ، ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال «خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة فى المدينة فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدى وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت لا . فقال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى ؟ قال أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ فرجع عمر وتركهم» .

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغى لإنسان مثلا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار ، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة

الخمر والحشيش ، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف مايخفيه تحتها ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شىء يخفيه فيه ، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجرى فى داره[١].

لكن إذا غلب على الظن استمرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استغاثة ، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا بامرأة ليزنى بها أو برجل ليقتله ، فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش ، حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات[٢].

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ، لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأى[٣] بأن فلانا يرتكب المعاصى فى بيته جاز دخول البيت دون إذن ، كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية فى الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى[٤].

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت ، وماظهرت دلالته فهو غير مستور بل هو مكشوف وقد أمرنا بأن نستر ما ستر الله وننكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه » والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدو لنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٣٤ .
(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .
(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٤ .

البصر وتارة بحاسة اللمس ، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحدها إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيد العلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر

الشرط الرابع : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به : يشترط فى دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه و بأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ؛ لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة ، ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه فى حالة عدم القدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله ؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر ، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر .

٣٤٥ - وسائل دفع المنكر : وقد حصر بعض الفقهاء[١] الوسائل الصالحة لدفع المنكر فى سبع وسائل وهى : التعريف ، والنهى بالنصح والوعظ ، والتعنيف ، والتغيير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بالغير .

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر ، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر فى هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر . ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن فى التعريف نسبته إلى الجهل وهذا فى ذاته إيذاء له ولكن لا بد منه لدفع المنكر ، فوجب أن يكون التعريف فى غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر ؛ لأن إيذاء المسلم محرم .

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٤٥ وما بعدها

منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدى إلى ترك المنكر ، كصاحب الغيبة الذى يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح ، وينبغى أن يكون الناهى شفيقاً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللطف ، ويوجه إلى المصر المستهزىء بالوعظ والنصح ، ويشترط فى التعنيف شرطان : أحدهما : أن لا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف والثانى : أن لا ينطق المعنف إلا بالصدق ولا يسترسل فى التعنيف فيطلق لسانه بما لا يحتاج إليه ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه ، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يعد فحشاً كقوله يا فاسق يا جاهل يا أحمق يا غبى وما يجرى هذا المجرى ؛ لأن كل عاص فاسق والفاسق أحمق جاهل ولولا حمقه وجهله ما عصى الله ، وكل من ليس بكيس فهو أحمق ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت ، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله » .

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهى ، وإراقة الخمر ، وخلع الحرير من رأس العاصى وعن بدنه ، وإخراجه من الدار المغصوبة ، وإزالة مايضعه من المواد فى الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك .

والتغيير لا يكون إلا فى المعاصى التى تقبل بطبيعتها التغيير المادى ، أما معاصى اللسان والقلب فليس فى الاستطاعة تغييرها مادياً ، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصى وجوارحه الباطنة .

ويشترط فى التغيير باليد أن لا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير ، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً ، وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها .

و يشترط فى التغيير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه ، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحية الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المغصوبة مادام يستطيع أن يجذبه أو يجره إلى خارجها من يده ، وليس له أن يحرق أدوات الملاهى مادام يستطيع أن يكسرها ويعطلها عن العمل ، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات فى إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها . وليس له أن يكسر أوانى الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأوانى .

والأصل فيما سبق أن تغيير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره ، والزجر إنما يكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضى ، والدفع على الحاضر الراهن ، وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته ، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد .

التهديد بالضرب والقتل : وينبغى أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه و يشترط فى التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقه كقوله لأنهبن دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك ، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام ، و إن قاله من غير عزم فهو كذب ، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه فى سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضربن رقبتك وما أشبه ، وله أن يتوعده بأكثر مما فى عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر .

الضرب والقتل : و يجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه ، و يشترط أن لا يندفع المنكر بغير الضرب ، وأن لا يزيد الضرب عن الحاجة فى الدفع ، فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .

و إذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح و إشهار السلاح فللدافع أن يشهر السلاح

وأن يجرح كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه و بين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له خل عنها أو لأرمينك فإن لم يخل عنها فله أن يرمى، وينبغى أن لا يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبه ، وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربنك فكل ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن ، ولا فرق فى ذلك بين مايتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب .

و إذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذى يراد منعه أقل درجة من القتل، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منعه عن القطع وقتاله عليه ؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية ، وقتله فى دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية ، وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص و إنما هو جائز بقصد دفع المعاصى، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقتله دفعاً للمعصية ليس فى ذاته معصية[1] .

الاستعانة بالغير : و إذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم ، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها ؛ لأنها تؤدى إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام ؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضاً بأعوانه فيؤدى ذلك إلى القتال ؛ و إنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها ، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هذه الوسيلة دون حاجة لإذن

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٤ .

الإمام ؛ لأنه إذا جاز الأفراداستعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة ؛ لأنه مامن وسيلة غيرها إلا وقد يؤدى استعمالها إلى التضارب ، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون ، فلا ينبغى إذن أن يبالى بلوازم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النوادر والنادر لا حكم له فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس فى الشريعة مايمنع من القول بأن كل من قدر على دفع منكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه وبنفسه وأعوانه .

٣٤٦ - هل يجوز استعمال الوسائل السابقة فى حق الكافة ؟ : يجوز استعمال الوسائل التى سلف ذكرها فى حق الكافة عدا الوالدين والزوج والحاكم.

فأما الوالدان فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهى بالوعظ والنصح ، وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ، ولكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما ، كأن يريق خمرهما أو يرد مايجد فى بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه . وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التأفف منهما وإيذائهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ [الإسراء ٢٣] وقد ورد فى حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من العموم إذ لا خلاف فى أن الأب لا يقاد بولده ، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه فى الزنا حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه ، فإذا لم يجز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هى حق على جناية سابقة فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلة متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لو جاز السجود لمخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية عليه إلا التعريف

والنهى بالموعظة والنصح ، أما التغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز ؛ لأنه يفضى إلى خرق هيبته و إسقاط حرمته وذلك محظور لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت عنده نصيحة لذى سلطان فلا يكلمه بها علانية ، وليأخذه بيده فليخل به ، فإن قبلها قبلها ، و إلا كان قد أدى الذى عليه والذى له » ولقوله أيضاً « من أهان سلطان الله فى الأرض أهانه الله فى الأرض » .

٣٤٧ - حكم التجاوز فى دفع المنكر : إذا استعمل المدافع فى النهى عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة ، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل ، فإذا عنف فاعل منكر فقذفه فهو مسئول عن القذف ؛ لأن القذف لا يدخل فى التعنيف ، و إذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أو التهديد فضرب فاعل المنكر أو جرحه فهو مسئول عن الضرب والجرح ، و إذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحاً ثانياً فهو مسئول عما فعل بعد اندفاع المنكر . و إذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير ، فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفى فيه إراقة الخمر فإذا أتلف الموائد المنصوبة فى محل الخمار أو الأبواب، أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك .

ولا محل للنهى عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هى التى تحل النهى عنه أو تغييره دفعاً للمنكر ، فإذا لم يقع المنكر فلا يمكن اعتبار ما يقع على قاصد فعل المنكر دفعاً و إنما هو اعتداء و إذا انتهى فاعل المنكر من فعله فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يعتبر دفعاً للمنكر و إنما اعتداء على فاعله .

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولا يعتبر جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر لكن إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره فالتعمد لا عبرة به ؛ لأنه تعمد فعل

مباح والقاعدة أن من تعمد فعلا مباحاً فأخطأ فى فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئاً لا عامداً .

٣٤٨ - هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟ : ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر ، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء .

٣٤٩ - الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص :
إذا قارنا الدفاع الشرعى العام بالدفاع الشرعى الخاص تبين لنا أن الأسس التى يقوم عليها كل منهما واحدة وأن أحكامهما واحدة وأنهما لا يكادان يختلفان إلا فى بعض التفاصيل .

والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية ، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع فموضوع الدفاع الشرعى الخاص هو كل صيال أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل ، وموضوع الدفاع الشرعى العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة إسمية ، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلا يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكراً ، ولكن هذا القول غير صحيح ، لأن مايدفع فيه الفعل باعتباره منكراً لايدفع فيه الفاعل باعتباره صائلا ، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه ، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء ، فمثلا إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلا فهنا دفاع شرعى خاص ، أما إذا أتاها برضاها ففعلهما يدفع باعتباره منكراً

فهنا دفاع شرعى عام ، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا ، و يكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص ، أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكراً ويكون الدافع فى حالة نهى عن المنكر أو تغييره ، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا ، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر ، فالصيال أى : الهجوم أو الاعتداء هو مايميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام .

٣٥٠ - بين الشريعة والقانون: تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما ، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضى، ولقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المنكرات ، ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجه بعضهم بعضاً، وأن يوجهوا الحكام و يقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم ، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر . ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليما ، فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول : « أطيعونى ما أطعت الله فيكم فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم » وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : « من رأى فىّ اعوجاجا فليقومه » وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام ، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق ، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام ، وحماية أخلاقها من الانحلال. وحماية وحدتها من التفكك وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة ، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء

على المفاسد فى مكمنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضى حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه ، وتعترف للأفرادبالقبض على المجرم فى حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى فى بعض الحالات للأفراد الحق فى منع الجانى بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ، ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على إطلاقه ، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة ، بخلاف الشريعة التى تطبقه فى كل الحالات وفى جميع الجرائم .

الفرع الثانى

التأديب

٣٥١ - (أولا) تأديب الزوجة : من حق الزوج فى الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته كأن تثاقل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزله بغير إذنه ، وأساس هذا الحق قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ . وقوله: ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ [النساء : ٣٤] والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أى الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة .

٣٥٢ - ما يؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لا حد فيها ، كمقابلة غير المحارم ، وترك الزينة والخروج دون إذن ، وعصيان أوامر الزوج ، وتبذير ماله . والرأى الراجح أن له تعزيرها

على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم[١].

ومن المتفق عليه أن الزوجة لاتضرب لخوف النشوز قبل إظهاره ، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلا[٢] .

٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية ؟ يرى مالك وأبوحنيفة أن الضرب لايكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين ، وإن عادت كان له أن يهجرها ، فإن عادت كان له أن يضربها ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن الواو وردت للترتيب فى قوله تعالى : ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ﴾ وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية فى المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل[٣]، وهذا يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهبى الشافعى وأحمد .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثانى معصية ، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة ، ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين ، وأنه وعظها فى أولاها وهجرها فى الثانية .

والرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر ، وسواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شىء من ذلك ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن عقوبات المعاصى

---

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٤ ص ١٤٦ - الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٩ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ١٦٨

(٣) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ ، ١٦ - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا تختلف بالتكرار ، وأن الواو فى قوله تعالى: ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ﴾ جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب [1] .

و يترتب على هذا الرأى أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها ؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة .

٣٥٤ ــ هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ و يرى أحمد أن يسأل الزوج عن سبب الضرب ؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحياو إن أخبر بغيره كذب ، و يستند فى هذا المبدأ إلى ماروى الأشعث عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يا أشعث إحفظ عنى شيئاً سمعته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا نسألن رجلا فيم ضرب امرأته ». وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج أنه ضربها للتأديب ، و يمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هى أنه ضربها لغير التأديب فحينئذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب. ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة فللزوج أن يؤدبها مهما بلغت من العمر على خلاف الصغار ، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ .

٣٥٥ ــ حد الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » .

والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد ، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمى لها جسما ، وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً . وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثراً وكل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحداً .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٧٤ ــ أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ ــ المغنى ج ٨ ص ١٦٢

ويشترط فى ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على المواضع المخوفة كالبطن[١] .

ويشترط فى الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا ، فإن كان كذلك فلامسئولية على الزوج ؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له ، ويراعى الوسط فى الضرب فما يعتبر تأديباً فى وسط قدلا يعتبر تأديباً فى وسط آخر وما يخرج عن حدود التأديب فى وسط قد لا يصل حدود التأديب فى وسط آخر .

ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا .

ويشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ لهذه السلطات ، وأن لاتكون الدعوى العمومية قد رفعت ضدالزوجة بشأن هذا الأمر ، فإن حدث شىء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة[٢] وتعليل هذا أن السلطات العامة هى المختصة أصلا بالعقاب ، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج فى التأديب ؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدى تدخل السلطات العامة فى كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين ، فإذا سرقت الزوجة مثلا من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها ، أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها ، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل ، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط ، لا على السرقة أو السب .

وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه ، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على

---

(١) المغنى ج ٨ ص ١٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ .

ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد ، ويعتبر عمل الزوج فى الحالين اعتداء لا تأديباً [(١)] .

٣٥٦ ـ حكم السراية : ـ وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يكون مثله أدباً للزوجة ففيه الضمان [(٢)] .

أما أبو حنيفة والشافعى فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً أو كان أشد من ذلك ، وحجة أبى حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا ، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه ، فقد وقع قتلاً أو قطعاً لا تأديباً ، وحجة الشافعى أن التأديب ليس واجباً على الزوج وإنما هو حقه ومتروك لاجتهاده ، فيتحمل نتيجة اجتهاده . والمتأخرون من فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى يحتجون فى تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه ، وإنما هو حق له واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة ، وبأن حق الزوج فى التأديب متمحض لنفعه الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه [(٣)] .

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح .

٣٥٧ ـ المسئولية على التأديب : ـ ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن التأديب مادام فى حدوده المشروعة ؛ لأنه

---

(١) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٦ ـ أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٣٩ .
(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٩ .
(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٩ ـ حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٧٥ ـ الأم جـ٦ ص ١٣١ و ١٦٦ وما بعدها .

يستعمل حقا أباحه له الشارع . أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله .

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لايخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو .

٣٥٨ (ثانيا) — تأديب الصغار : ـ للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما ، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق فى غيبة الأب ، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح[1] .

٣٥٩ ـ شروط تأديب الصغار : ـ ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير ، وأن يكون بقصد التأديب ، وأن لايسرف فيه ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير ، فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ؛ لأن الفعل مباح له .

٣٦٠ ـ حكم السراية : — وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه فمالك وأحمد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة ، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا[2] .

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال ؛

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج٢ ص١١ ـ حاشية الطهطاوى ج٥ ص ٢٧٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه ، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه[1] .

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه كما يضمن الزوج زوجته ، ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه ، والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه . أما المعلم والمدرس فيفرق أبو حنيفة وأصحابه بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصى ، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا ؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه ، فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة ؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة ، فمذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبى مالك وأحمد[2] فى النتيجة .

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم ، ويرون أن ضرب التأديب حق وأن ضرب التعليم واجب والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد ، والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والمحل ، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى الكل أى : فى ضرب التأديب وضرب التعليم[3] .

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره ، فضرب الزوج للتأديب دائما ، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم وقد يقصد به التأديب ، ولكن معنى التأديب يختلط بمعنى التعليم فى حالة

---

(١) الأم ج ٦ ص ١٦٦ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٠٥ — حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

الصغير ؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره .

٣٦١ - الفروق بين المذاهب : - يختلف مذهب مالك والشافعى وأحمد عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقالاواجبا . أما فى مذهب أبى حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة ، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهبى مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحق بشرط السلامة ، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط مادام الفعل قد وقع فى حدود الحق ، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق .

الفرع الثالث — فى التطبيب

٣٦٢ - إباحة التطبيب : - من المتفق عليه فى الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لايسقط عنه إلا إذا قام به غيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ ولأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجبا فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه ، على أن التطبيب يعتبر واجبا كفائيا كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة ، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أى : أنه واجب غير قابل للسقوط . والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجبا أن لايكون الطبيب مسئولا عما يؤدى إليه عمله قياما بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة أن الواجب لايتقيد بشرط السلامة ، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمى والعملى ، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدى واجب

التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار فى الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله .

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب ، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، ولكنهم اختلفوا فى تعليل رفع المسئولية ، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية إذا الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه ، وفى هذا ضرر عظيم بالجماعة. ثانيهما : إذن المجنى عليه أو وليه ، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية[١] .

ويرى الشافعى أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتى فعله بإذن المجنى عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به ، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان مافعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب[٢] . ويتفق رأى أحمد مع رأى الشافعى[٣] .

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا ، فإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب ، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب مالم يخالف أصول الفن أو يخطىء فى فعله[٤]

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه ، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة فى اختيار هذا العمل وفى اختيار الطريقة التى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ .
(٣) المغنى الجزء العاشر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ .

الطريقة التى يؤدى بها هذا العمل ، فلو جرح الطبيب شخصاً فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمماً أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ ـ حسن النية : والمفروض فى الطبيب أنه يؤدى عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية ، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيء النية فى عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً ، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة ، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض ؛ لأن فعل الطبيب فى هذه الحالة يقع فعلا محرماً معاقباً عليه .

٣٦٤ ـ خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب فى عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلا على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفح رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، ولما سئل فى ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أى : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أى: لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ، فقيل له فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية [١] .

٣٦٥ ـ إذن المريض : ويشترط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتى الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه ، فإن لم يكن للمريض ولى أو وصى

---

(١) حاشية الطحطاوى جـ ٤ ص ٢٧٦ .

وجب إذن الحاكم باعتباره ولى من لا ولى له ، وإذن الحاكم فى إجراء جراحة لمريض لاولى له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب فى مباشرة التطبيب بصفة عامة .

٣٦٦ - إذن ولى الأمر : وليس فى الشريعة ما يمنع ولى الأمر من أن يشترط فى الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم ، وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة ، وأن لا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولى الأمر بمباشرته ، وقد جعل مالك إذن الحاكم فى التطبيب شرطاً فى انتفاء المسئولية عن الطبيب كما قدمنا .

ومن تطبب وهو غير طبيب كان مسئولا عن عمله لقوله عليه الصلاة والسلام : « من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن » . فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد ، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطىء على رأى ومتعمد على رأى[1] ، والرأى الأول هو الراجح .

٣٦٧ - شروط عدم المسئولية : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسئولية عن التطبيب الشروط الآتية :

١ — أن يكون الفاعل طبيباً .

٢ — أن يأتى الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .

٣ — أن يعمل طبقاً للأصول الطبية .

٤ — أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولى .

فإذا توفرت هذه الشروط فى التطبيب فلا مسئولية ، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولا .

٣٦٨ - الملحقون بالأطباء : ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والخاتن

---

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٨ ص١١٦ ، ١١٧ - نهاية المحتاج جـ٨ ص٣٢

وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسئولية ، ويشترط فى عملهم ما يشترط فى عمل الطبيب ، فيجب فى الختان مثلا أن يكون الفاعل خاتناً ، وأن يأتى الفعل بحسن نية وبقصد الختان ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولى .

٣٦٩ - بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق القوانين الوضعيـة مع الشريعة الإسلامية فى اعتبار التطبيب عملا مباحاً ، كما تتفق مع الشريعة فى الشروط التى تمنع من المسئولية ، فتستلزم أن يكون الفاعل طبيباً ، وأن يأتى الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المريض فى الفعل .

وتعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً بينما تعتبره الشريعة واجباً ، ولاشك أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه فى خدمة الجماعة ، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء فى تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب[١] ، فذهب الفقه والقضاء فى انجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل ، وأخذ بهذا الرأى بعض الشراح فى ألمانيا وفرنسا ، وحكمت به المحاكم فى فرنسا ومصر قديماً[٢] ، وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائى ؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض ، وقد أخذ القضاء المصرى وقتاً ما بهـــذا الرأى[٣] . والرأى

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٤٠٠ ومابعدها — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص٤٢٢ .

(٢) نقض ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٧ — القضاء السنة الرابعة ص ٢٥١ .

(٣) نقض فى ١٨ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية س ١٨ رقم ١٨ ص ٣١ .

الأخير الذى يسود اليوم فى مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه ؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضى ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التى ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض .

الفرع الرابع
فى ألعاب الفروسية

٣٧٠ - الشريعة فى وألعاب الفروسية : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للعقول ، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة ، وتشمل ألعاب الفروسية فى الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق ، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية

وتجيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدى إلى التفوق فى القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب ، كالمسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات ، وسباق الطير وما أشبه ، وكاللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية ، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج[1] أى : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة فى الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى : ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ﴾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن القوة الرمى ألا إن القوة الرمى »

---

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج — راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص ٧ .

وقوله : « المسلم القوى خير من المسلم الضعيف » وقوله : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة فى الجنة ، صانعه يحتسب فى صنعه الخير ، والرامى به ، ومنبله ، ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاث تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمى بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

ولقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه سابق بالأقدام . وثبت عنه أنه سابق بين الإبل ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل ، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصارمع إحدى الطائفتين ، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال : « ارموا وأنا معكم كلكم » وثبت أنه صارع ركانة ، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة .

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها . من ذلك مارواه مصعب بن سعد قال: كان سعد يقول: أى : بنى تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبى عبيدة بن الجراح « أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمى » وكتب إلى عامله بأزربيجان كتاباً جاء فيه : « اخشوشنوا واخلولقوا [1] واقطعوا الركب [2] وانزوا على الخيل نزوا وارتموا الأغراض » [3]

والأصل فى الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة فى دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها فى الأخذ به أو تركه ، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من

---

(١) اخلولقوا أى تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلقاء به جديرين بفعله .
(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعتادوا الركوب دائماً بالركاب .
(٣) ارتماء الأغراض هو رمى الأهداف .

ضروب المهارة والقوة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه .

وتجيز الشريعة العوض فى الرمى وفى المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها ، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لايجوز فيه[١]

ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال ؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة ، وهى إعداد عسكرى للأفراد . ولكن أباحنيفة والشافعى وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال ، أو من مال غير اللاعبين ، أومن مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه[٢] .

٣٧١ ــ حكم إصابات اللعب : وألعاب الفروسية قد تؤدى إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم ، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لاتقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين ، وليس فى ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة ؛ لأنها ليست من ضروريات اللعبة ، فإن تعمدها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية ، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التى تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لاعقاب عليها إذا لم

---

(١) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا فى الرمى وفى مسابقة الخيل والإبل ويراه البعض جائزاً فى المسابقة بالأقدام وفى المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمشابكة بالأيدى وفى سباق البغال والحمير والبقر والفيلة والفريق الأول هم المالكية والحنابلة والفريق الثانى هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٠ وما بعدها ــ حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٦٥٧ ــ مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٢٦ ــ تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢١٥ ومابعدها ــ المغنى ج ١١ ص ١٢٨ وما بعدها ــ الفروسية ص ٦٩ وما بعدها .

يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب ؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات فى الحدود المعروفة . فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما ، فهى جريمة عمدية إذا تعمدها ، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

٣٧٢ - بين الشريعة والقانون : — هذا هو حكم ألعاب الفروسية فى الشريعة الإسلامية ، أما حكمها فى القوانين الوضعية فغير متفق عليه ، فبعض البلاد يعتبرها أفعالا مباحة ، وبعضها يعتبر مايحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم ، و بعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى ، و بعضها يأخذ بالفكرة الثانية ، وتقضى المحاكم فى بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية ، بينما تقضى المحاكم فى فرنسا بالبراءة ، والسائد فى انجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة فى حدود معينة ولا يترتب عليها أية مسئولية ، وفى مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية ، ويرى البعض المسئولية ، والرأى الأول هو الراجح .

واختلف شراح القوانين فى سبب ارتفاع المسئولية فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائى ، وقال البعض إنه رضاء المجنى عليه ، وقال البعض الأخير بأن الدولة تعتبر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها ، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون ، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسئولية [1] ، وهذا الرأى هو أحدث الآراء وأرجحها ، والعمل به يؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها نظرية الشريعة الإسلامية ، والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأى أن الشريعة ترى فى ألعاب الفروسية واجباً على الأفراد ، بينما هى طبقاً لهذا الرأى حق لا واجب .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٩٨ - شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٢١ ، ٤٢٢ .

ونظرية الشريعة أدق منطقاً ؛ لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء فى المدارس كما تلقن العلوم الضرورية ، بل إنها أصبحت من العلوم الأولية فى المدارس التى تعد رجال البوليس والجيش ، وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة فى حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجباً على الأفراد لاحقاً لهم ؛ لأن الواجب هو مالا يستطيع التخلى عنه ، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

الفرع الخامس
إهدار الأشخاص

٣٧٣ - معنى الإهدار : - الإهدار هو الإباحة ، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله ، فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيح جرحه أو قطعه أو قتله ، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبح من الشخص إلا قطع هذا الطرف ، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيح ماله كإباحة مال الحربى ، والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال .

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إباحة نفس الشخص أو طرفه ، كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيحت نفسه أو طرفه .

٣٧٤ - علة الإهدار : - علة الإهدار الوحيدة هى زوال عصمة الشخص ، وتزول العصمة إما بزوال سببها ، وإما بارتكاب الجرائم المهدرة .

زوال العصمة بزوال سببها : - القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى ليست مباحة . وأساس العصمة إما الإيمان ، وإما الأمان ، ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة ، وعقد الهدنة وما أشبه . فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله عليه

الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها». وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] ولقوله: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل: ٩١] وقوله: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال: ٦١] وقوله: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾ [التوبة: ٧] وقوله: ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم﴾ [التوبة: ٤] وقوله: ﴿وإنْ أحد من المشركين استجارك فَأَجِرْهُ حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة: ٦] ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم». وقوله: «إننا لا يصلح فى ديننا الغدر» وقوله: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل» وقوله: «إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث: ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم».

والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين: أمان مؤقت وأمان مؤبد، فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل طال هذا الأجل أو قصر، ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب أى بين الدولة الإسلامية وأى دولة غير إسلامية، ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة فى دار الإسلام[1].

والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهى به، ولا يكون إلا بعقد

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل الجزء الرابع ص ٣٦٠، ٣٦٤ - المغنى ج ١٠ ص ٥٧٨.

الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام وعليهم فى مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام(١) .

والأصل أن الناس فى العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام وإما منكر له والمنكرون على نوعين : إما مسالم للإسلام وإما محارب له ، فالمسالمون للاسلام من كان بينهم و بين دار الإسلام حالة سلم متبادل ، أو عقد من عقود السلم ، كعقد الهدنة أو الموادعة أو عقد الذمة ، وأما المحاربون فهم من كانوا فى حالة حرب مع دار الإسلام و يسمى هؤلاء بالحربيين ، وكل من عدا الحربيين من سكان العالم دماؤهم وأموالهم معصومة إما بإسلامهم(٢) وإما بمسالمتهم أو بتعبير آخر إما بإيمانهم و إما بأمانهم .

و إذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذى قامت عليه ، فالمسلم تزول عصمته بردته وخروجه عن الإسلام ، والمستأمن والمعاهد والذمى ومن فى حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم ، وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حربيين حكمهم حكم الحربى الذى لم يكتسب عصمة .

و إذا كانت العصمة تعنى تحريم الدم والمال فإن زوالها يعنى إباحة الدم والمال وهذا هو الإهدار ، ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربى فمعنى ذلك أن المرتد والحربى مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتهما .

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : ـ وكما تزول العصمة بالردة و بانتهاء الأمان ونقض العهد فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهدرة ، والجرائم المهدرة هى الجرائم التى تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف .

والجرائم المهدرة هى على وجه الحصر (١) الزنا من محصن (٢) قطع الطريق

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٦٧ ـ نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٨٠ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١١٠
(٢) راجع الفقرة ٢١١ .

أو الحرابة (٣) البغى (٤) القتل والقطع المتعمدان (٥) السرقة .

ويشترط فى الجريمة المهدرة شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر ، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة ، والعقوبات المقدرة محلها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط ، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة [1] . ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة للنفس أى قتلا ، أو متلفة للطرف أى قطعا .

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهدرة ، فالسرقة التى لاقطع فيها كسرقة الأب من الابن ؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يعتبر أيهما جريمة مهدرة ، لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة فى حالة الدية مقدرة ؛ ومثل ذلك الزنا من غير محصن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة ، ومن ثم فهى جرائم غير مهدرة . وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً .

وارتكاب الجريمة المهدرة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة ؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبة ، وفضلا عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هى إلا حدود والقاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتمل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه ، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها ، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة .

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو فى عقوبة القصاص فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة ؛ لأن زوال العصمة فى جرائم القصاص نسبى لا عام ، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أو وليه فقط ويظل الجانى معصوماً بالنسبة للآخرين

---

(١) راجع الفقرتين ٥١ ، ١٠٣ .

فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجانى معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أية جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية ؛ لأن لولى الأمر فى الجرائم التى يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة ، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما ، وكل عقوبة غير محتمة لا تزيد العصمة ولا تهدر الجانى ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها ؛ لأن من الجائز أن يعفو ولى الأمر عن العقوبة فى اللحظة الأخيرة .

٣٧٥ — **المهدرون** : ونخرج مما سبق بأن المهدرين هم : (١) الحربى (٢) المرتد (٣) الزانى المحصن (٤) المحارب (٥) الباغى (٦) من عليه القصاص (٧) السارق . ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد آخر فيما يأتى :

٣٧٦ — أولا : **الحربى** : هو أصلا من ينتمى لدولة فى حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فانتهى أمانه أو نقض عهده .

ومن المتفق عليه أن الحربى مهدر الدم ، فإذا قتله شخص أو جرحه فقد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح ولا عقاب على فعل مباح ، وإنما يعاقب الفاعل فى بعض الحالات ؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملا مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربى إطلاقاً إذا قتل فى ميدان الحرب أو قتل دفاعا عن النفس فى غير ميدان الحرب ، وفى هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية .

أما إذا قتل الحربى فى غير ميدان الحرب لغير مقتض كأن ضبط فى دار

الإسلام أو استأسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما ، فإن القاتل لايؤاخذ باعتباره قاتلا ؛ لأن الحربى مباح الدم طبقا للشريعة وضبطه أو أسره لايعصمه ولا يغير من صفته كحربى ، فيبقى دمه مباحا بعد الضبط أو الأسر ، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل ، وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين ، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة .

وقتل الحربى فى ميدان الحرب وفى حالة الدفاع عن النفس يعتبر واجبا ، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجبا عليه .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلا عمدا وتعاقب عليه على هذا الاعتبار وإن كان الذى يحدث عملا أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والمجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان.

والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية فى عقاب القاتل ، ولكن الخلاف واقع فى تكييف الفعل المعاقب عليه ، فالقوانين تعتبره قتلا والشريعة تعتبره افتياتا على السلطات العامة .

٣٧٧ — ثانيا — المرتد : المرتد هو المسلم الذى غيّر دينه ، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين .

ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة[١] ، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

---

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين: أولهما: أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدراً ، وثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه السلام « لايحل قتل امرىء إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» فعقوبة الردة عقوبة متلفة ، وعلى هذا تعتبر الردة من الجرائم المهدرة إذا نظر إلى عقوبتها ، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل فى العصمة فقد نظر فى الإهدار إلى الوجه الأول دون الثانى .

قاتلا عمدا ، سواء قتله قبل الاستتابة[1] أو بعدها ؛ لأن كل جناية على المرتد هدر مادام باقيا على ردته .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة ، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل فى ذاته وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الأربعة[2] إلا أن فى مذهب مالك رأى مخالف[3] يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته ، فهو بعد ردته كافر فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال ؛ لأنه هو الذى يرث المرتد، فكأن أصحاب هذا الرأى يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفى لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته ، وأن الكفر لا يعصم صاحبه وإنما الذى يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتياته واستهانته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد ، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هو حادث اليوم فى مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مفتاتا عليها ؛ لأنه لا يعتبر مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة ، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال .

---

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يتب قتل حداً

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٢٥ – الإقناع الجزء الرابع ص ٣٠١ – المهذب الجزء الثانى ص ٢٣٨ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٧ .

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، فالمرتد غير معصوم ولكنه معصوم على شبيهه[١] فلا يباح دمه لمرتد مثله ، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد ، بخلاف مالو قتله مسلم فإنه لايعتبر قاتلا ، وكذلك لو قتله ذمى على الرأى الراجح[٢] . ويطبق الشافعون قاعدتهم هذه على كل المهدرين ، ولكن الفقهاء الآخرين لايأخذون بهذه القاعدة .

وقتل المرتد يعتبر واجبا فى الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا ؛ لأن عقوبة الردة من الحدود وهى واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها ، ولا يعفى الأفراد من هذا الواجب أن يعهد بإقامته إلى السلطات العامة ، ولا يسقط هذا الواجب عن الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا .

وتختلف القوانين عن الشريعة الإسلامية فى أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات ، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذى تقوم عليه الجماعة ، فالدولة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعى وينادى بالديموقراطية أو الفاشية ، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية وينادى بالشيوعية أوالديموقراطية، والدول الديموقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعتبرهما جريمة ، فالخروج على المذهب الذى يقوم عليه النظام الاجتماعى فى دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامى الذى يقوم عليه نظام الجماعة فى الشريعة الإسلامية . والخلاف بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة خلاف فى تطبيق المبدأ وليس خلافا على ذات المبدأ ، فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعى، فكان من الطبيعى أن تعاقب على الردة لتحمى النظام الاجتماعى. والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعى ، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية. فكان من الطبيعى أن لا تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣ — شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ .

كل مذهب اجتماعى مخالف للمذهب الذى أسس عليه نظام الجماعة .

وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة فى كل البلاد الإسلامية ، ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعنى أن الردة مباحة؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ، تلك النصوص التى لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقى الإسلام قائماً كما بينا ذلك من قبل[1] ، فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأى حال ، ولا يعتبر مفتاتا على السلطات العامة ؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التى تفرضها عليه .

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصرى وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م ٦٠ عقوبات) ، وهذا يكفى لإعفاء قاتل المرتد من العقاب ؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل فى الشريعة ، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة ، وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوى الحق ويزيد عنه درجة ، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل ، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح فى حالة الحق والواجب ، وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل باعتباره جريمة ؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء فى حالة الحق أو الواجب . ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه ، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه ، فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا فى مسئولية المكلف بالواجب عند تركه ، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا

---

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

يتعرض بالترك لعقوبة ما ، فإذا أعفى صاحب الحق من المسئولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه ، فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه .

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصرى نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة ، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم فى إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب ، فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الطبيب الحق فى جرح المريض أو بتر طرفه ، وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع ولكن تأدية هذا الحق تعطى المكلف بالواجب الحق فى قتل المرتد. ومن واجب الجلاد قطع رقاب المحكوم عليهم بالقتل ، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق فى قطع رقبة المحكوم عليه. على أننا لسنا فى حاجة لهذا التعليل مادمنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة .

٣٧٨ - (ثالثها) **الزانى المحصن** : — تعاقب الشريعة الزانى المحصن بالرجم والزانى غير المحصن بالجلد ، وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره ، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره . ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حدا أى عقوبة مقدرة فقد اعتبر الزانى المحصن مهدر الدم .

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولا دية ؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل ، ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها . ولا العفو عنها فإن قتل

الزانى المحصن يعتبر واجباً لابد منه إزالة للمنكر وتنفيذاً لحدود الله [١] .

و يتفق الرأى الراجح فى مذهب الشافعى مع الرأى السابق ، أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى فيرى أصحابه أن قاتل الزانى المحصن يقتل به ؛ لأنه قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص ، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم [٢] . و يرد على ذلك بأن الزانى المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص بعينه ، وأن قتله متحتم لاخيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولى الدم فقط ، وله الخيار إن شاء قتل و إن شاء عفا .

و إذا كان لايجوز مؤاخذة من يقتل الزانى المحصن باعتباره قاتلا ، فإنه لايجوز أن يؤاخذ باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة [٣] بشرط أن تأخذ السلطات العامة على عاتقها أداء هذا الواجب ، فإذا أهملت فى أداء هذا الواجب أو تخلت عنه فليس لها أن تواخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها .

و يشترط الشافعيون فى قاتل الزانى المحصن أن يكون معصوماً ؛ لأن مهدر الدم لا يعتبر مهدراً لمثله ، فالزانى المحصن لا يعتبر مهدر الدم للزانى المحصن ، ولا للمرتد ، ولا للحربى ؛ لأنهم جميعاً فى درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدر [٤] .

أما إذا كان الزانى غير محصن فعقوبته الجلد فقط ، فمن قتله فى غير حالة التلبس اعتبر قاتلا عمداً وأقيد به ؛ لأنه قتل معصوم الدم ، وهذا متفق عليه بين الأئمة الأربعة .

و إذا قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس فلاعقوبة على قاتله عند مالك

---

(١) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٣ — المغنى ج ٩ ص ٤٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٨٦ .

(٣) المرجع السابق وتبصرة الحكام ج ٢ ص ١٧٠ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠ — شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

وأبى حنيفة وأحمد ، وحجتهم فى ذلك قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان يتغدى يوماً فأقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر ، وجاء جماعة فى أثره فقالوا : إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته . فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت نخذى امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته ، فقال لهم عمر : ما يقول الرجل ؟ فقالوا : ضرب بالسيف فقطع نخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين . فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد وأهدر دم القتيل .

ويعلل بعض الفقهاء إباحة القتل فى حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل ، وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية ، فإن كانت المزنى بها أجنبية فلا يباح القتل ، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل ؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت إلخ .

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز ، وإنما يعللونها بتغيير المنكر ، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس تغيير المنكر باليد وهو واجب على من استطاعه [١] . وأصحاب هذا الرأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية ، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلا كان أو امرأة فى حالة التلبس مطلقاً ، وهذا هو الرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة [٢] .

أما الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل ، وفيما عدا هذا يعتبر قتله جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن ؛ لأن الاستفزاز

---

(١) راجع الفقرة ٣٤٥ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ – البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ – المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

لا يبيح القتل ؛ ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر[1] على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن مادام قد أولج لأنه مواقع فى كل لحظة[2] و يبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل .

و يستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم ، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتيل بأدلتها الشرعية، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق ، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائياً عن القتل العمد .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة مايتفق مع الشريعة الإسلامية فى عقاب الزنا ، فليس فى هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة ، وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة فى البلاد غير الإسلامية ، لكن نصوص قانون العقوبات ، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة ، وهى نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً فى كل مايخالف الشريعة صحيحة فقط فى كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة . وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافياً فلا نعود إليه[3] .

و إذا كان قتل الزانى المحصن واجباً تلزم به الشريعة الأفراد فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد ، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن فقتله واجب طبقاً للشريعة ، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة ، و إنما نذكر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين مدى اضطراب النصوص القانونية ، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمادة السابعة من قانون العقوبات ، و بعضها يحرم

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ـ الأم ج ٦ ص ٢٦ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ١١٣ .

(٣) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

قتل المهدرين كنص المادة ٢٣٠ عقوبات ، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد فى الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم .

٣٧٩ ـ (رابعا) **المحارب** : المحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أى الإفساد فى الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر .

ولجريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يُقَتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾[المائدة: ٣٣] فعقوبة الحرابة هى القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفى، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متلفة .

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى على التخيير ؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف «أو » فمن رأى البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب ، ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجناية التى وقعت ، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب[١] ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفى[٢] .

---

(١) لايرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة ، ويخالفه فى هذا صاحباه، ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبى حنيفة فى هذه النقطة ، راجع بدائع الصنائع ج٧ ص٩٣ والمغنى ج ١٠ ص ٣٠٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٤ وما بعدها ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلابد من قتله ، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير فى قتله أو صلبه ؛ أو قطعه أو نفيه ، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القتل لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفى والتعزير (١).

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفى أى العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شىء (٢).

ويترتب على التفصيلات التى ذكرناها أن المحارب يختلف حاله فى الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير ، فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب فالمحارب يهدر دمه بالقتل وبالقتل وأخذ المال ، وتهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط ، ولا يهدر منه شىء بإخافة السبيل فقط ؛ لأن العقوبة النفى وهو غير متلف . وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل ؛ لأن العقوبة هى القتل

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٣١٥ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٢ .

أو الصلب وكلاهما عقوبة متلفة ، وكذلك الحكم فى حالة القتل وأخذ المال . أما إذا أخذ المال ولم يقتل ، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى ؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصلبه إلا أن له أن يقطعه ، فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة ولا يمكن النزول عنه ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شىء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصلبه أو يقطعه ؛ لأن للإمام أيضاً أن ينفيه والنفى عقوبة غير متلفة .

ويعتبر الجانى مهدراً على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة . وينبنى على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار فى الجانى عند القائلين بالتخيير فى العقوبة ؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهدراً فى طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة ، ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهداراً كلياً أو جزئياً من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدراً قبل ذلك .

وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب قبل القدرة عليه ويعود المحارب معصوماً، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متعمد إذا كان عالماً بالتوبة ، فإن لم يكن عالماً فهو قاتل أو قاطع خطأ .

ويعتبر قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجباً لاحقاً ، لأن عقوبات الحرابة من الحدود ولا يجوز تأخيرها ، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا ، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا .

ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدراً لا باعتباره قاتلا أو قاطعاً ، وإنما باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب فى هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقاً لنصوص الشريعة .

وإذا كان المحارب مهدراً إهداراً جزئياً كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمداً ، وإذا قطع طرفا غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمداً ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطىء ويصيب غيره ، فإنه يسأل عن قطعه خطأ .

وإذا قطع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب ، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

٣٨٠ ـ خامساً ـ **الباغى** : الباغى هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة ، أو يمتنع عن الطاعة معتمداً على القوة ، والبغى جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام ولا توجه إلى النظام الاجتماعى ، فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعى فهى ليست بغياً ، وإنما هى إفساد فى الأرض ، والنظام الاجتماعى الذى تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره .

ويشترط الفقهاء فى جريمة البغى شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها [1] أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوى شوكة ومنعة ، وأن يبدأوا فى تنفيذ غرضهم بالقوة على رأى أو أن يأخذوا فى التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة .

وإذا توفرت شروط جريمة البغى ، أهدر دم الباغى ، فمن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغى مهدراً حتى تنتهى حالة البغى .

ويختلف مذهب أبى حنيفة [2] عن غيره فى أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . أما مالك والشافعى وأحمد فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . والقاعدة عندهم أن الباغى لا يحل

---

(١) راجع الفقرة ٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ـ شرح القدير ج ٣ ص ٤١١ .

دمه غير حرب أو صيال[1] .

وقتال البغاة واجب فى الشريعة لقوله تعالى : ﴿ فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد ، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصاً بأعيانهم لقتال البغاة ، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب ولا يسقطه عنهم مادامت حالة البغى قائمة .

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل الباغى على القتل ؛ لأن الباغى مباح القتل ، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه .

٣٨١ ـ سادساً ـ **من عليه القصاص** : القصاص فى الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجانى بمثل فعله ، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة ، ويقع القصاص على النفس وعلى مادون النفس ، فإذا وقع على النفس كان قتلا . وإذا وقع على ما دون النفس كان جرحا أو قطعاً .

ومن أتى فعلا يوجب القصاص يعتبر مهدراً فيما أوجبه على نفسه بفعله ، فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم ، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر فى طرفه أو جارحته التى وجب فيها القصاص .

والإهدار فى القصاص إهدار نسبى ، فلايهدر الجانى إلا للمجنى عليه أووليه وفيما عدا ذلك فهو معصوم فى حق الكافة ، وعلة نسبية الإهدار فى القصاص أن القصاص حق لاواجب فلا يهدر الجانى إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله ، فالقتل لايبيح دم القاتل إلا لولى القتيل ، فإذا جاء أجنبى فقتل القاتل ولو بعد

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ ـ الإقناع ج ٤ ص٢٩٣

الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد ؛ لأنه قتل شخصاً معصوم الدم فى حقه ؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[1] .

والأصل فى الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان ، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص فللمجنى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه .

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه فى القتل بعد الحكم بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان و بشرط أن يكون ولى الدم قادراً على الاستيفاء ومحسناً له ، فإن كان عاجزاً عن الاستيفاء أولا يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان وليس ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض .

أما القصاص فيما دون النفس فمختلف عليه ، فيرى مالك والشافعى ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لايحسنه ؛ لأنه لايؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص من يحسنه من الخبراء ، ويقول مالك فى هذا : « أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلا »[2] .

ويرى أبوحنيفة ورأيه وجه فى مذهب أحمد أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس ؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٩ .

ما دام يحسنه ، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيراً بالقصاص . والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لايرون مانعاً من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى نيابة عمن لايحسنون الاستيفاء(١) .

والأصلَ فى تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى: ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء : ٣٣] والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفى الوقت المحدد للتنفيذ .

وفى الوقت الذى منحت فيه الشريعة ولى الدم حق القصاص فإنها منحته حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص ، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً ؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجانى بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل .

وقد حرضت الشريعة ولى الدم على العفو بمختلف الأساليب ، فجعلت للعافى أن يعفو على مال يأخذه ، ووعدته بالثواب فى الآخرة وبرضاء الله جل شأنه ، من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله ﴿ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين ﴾ [آل عمران : ١٣٤] واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس ، وذلك قوله تعالى: ﴿فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويؤثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو .

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التى كانت سائدة فى الشعوب الهمجية ، ولكنها فكرة خاطئة لاتقوم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

على أساس صحيح ، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبل كل شيء إلى طبيعة البشر وغرائزهم ، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة ، شأنها فى كل ماجاءت به من مبادىء وما قررته من حقوق أو فرضته من واجبات .

وليس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة فى الإنسان ، وأنه مهما تثقفت طباعه وهذبت غرائزه فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره ، وليس أيضا من يجادل فى أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لايمنعه عنه مانع .

ومن المبادىء المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل ؛ ولأن فى القصاص حياة ، ومن المبادىء المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدى إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم

على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادىء السليمة المسلم بها قررت الشريعة حق ولى الدم فى أن يقتص بنفسه ، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة فى أغواره ، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة ، أو أن يرى العقوبة التى تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل .

وعلى نفس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو ، فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين . وسلطته على الجانى إلى هذا الحد، حببت إليه العفو ، ودعته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال ، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعدته رضاء الله وحسن ثواب الآخرة حتى إذا ماعفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة ، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوئام محل الخصام وهو العامل الفعال فى حفظ الأمن و إقرار النظام بين الجماعات،

وللسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائما من العقوبات بشرط أن لاتصل إلى القتل .

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس ، و إحلال الوئام محل الخصام ، وحفظ الأمن والنظام ، وتقليل الجرائم ، وحمل الناس على احترام الأحكام ، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهليهم ، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان .

وحق القصاص حق لايتجزأ ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، و يترتب على هذا الرأى أنه لوعفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقين فى القصاص . ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لايقبل التجزئة أيضا و يترتب على ذلك أن العفو لايكون له أثر مالم يكن من جميع أولياء الدم ، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص .

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة ، فإذا حان موعد التنفيذ نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها ، ومن المسلم به أن لامسئولية على ولى الدم فى هذه الحالة ، وأن فعله ليس جريمة ؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع .

لكن يحدث أن تتملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجانى أو بعد الحكم وقبل ميعاد التنفيذ ، كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو ، وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر ، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقين وفيهم من يرى العفو ، فهل يعتبر مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا أم مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعفى من العقوبة أم يؤاخذ على فعله ؟ ذلك ماسنبينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه

الحالات فى القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل .

٣٨٢ - أولا : حكم قتل الجانى : -

(ا) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : - إذا قتل ولى الدم الجانى المستحق للقتل قصاصا ، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل ؛ لأنه أتى فعلا مباحا له ومارس حقا قرره له الشارع ، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب ، وعلى افتياته على السلطات العامة التى جعلت لممارسة حق القصاص وقتا معينا ، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيات بالعقوبة التعزيرية التى تراها مناسبة[1] .

و يشترط فى حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجانى ، فإن لم يثبت اعتبر ولى الدم قاتلا متعمدا

وظاهر مما سبق أنه لافرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجانى ، وعلة ذلك أن حق ولى الدم فى القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل ، لامن وقت الحكم بالقصاص . فولى الدم حين يقتل الجانى قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه فى القصاص الذى ثبت له من وقت ارتكاب الجانى جريمة القتل .

والمفروض فى المسألة أن ولى الدم واحد ، أو أنهم متفقون إذا كانوا متعددين على قتل الجانى . أو ليس فيهم من يرى العفو عنه .

(ب) القتل بعد العفو : — يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص ؛ لأن القصاص لايتجزأ فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه . وعلى هذا إذا قتل الجانى من لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبى حنيفة وأحمد ، أما الشافعى فيفرق بين حالتين : أولاهما حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود . وفى هذه الحالة يرى وجوب القصاص . وثانيتهما: إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود ، وحكم هذه الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية[١] .

فإذا قتل ولى الدم الجانى بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل ، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص ، وتكون العقوبة الدية فى رأى أبى حنيفة وأحمد ، وفى مذهب الشافعى رأيان : رأى يقول بالقصاص ، ورأى يقول بالدية ، وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله ، وحجة القائلين بالدية أن حق ولى الدم ثابت فى القصاص، والأصل بقاؤه،فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه فى القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ،وأن العفو لا يعتبر موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص ، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين فى القصاص،فإذا اقتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عليه ؛ لأن عفو هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص ، ولكن هذا لا يمنع من تعزير المقتص إذا كان فى عمله افتيات على السلطات العامة[٢] .

(حـ) القتل قبل استئذان باقى الأولياء: إذا قتل الجانى أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقى الأولياء ، فالولى أو الأولياء القائلون مسئولون جنائيا عن القتل ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك وإن كانوا قد اختلفوا فى عقوبة

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ص ٢٤٨ — تحفة المحتاج جـ ٤ص٢٦ — المهذب جـ٢ص١٩٧ المغنى جـ ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٤٦٦ .

الولى القاتل ، فأبوحنيفة وأحمد لايريان الاقتصاص من القاتل ؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتيل فكان هذا شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية بدلا منه ، ويتفق هذا الرأى مع الرأى الراجح فى مذهب الشافعى ، أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى ، فيرى أصحابه أن يقتص من الولى ؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له ، قياساً على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا بعض المقتول ومع ذلك يقتص منه ، ويرد أصحاب الرأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لأن الشريك لايقتص منه لإتلاف بعض المقتول وإنما لأنه أتلفه كله ، ويرى البعض القصاص من الولى ؛ لأنه أتلف كل القاتل وهو لايستحق منه شيئا إذ لايستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقاً بموافقة بقية الأولياء ، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه ؛ لأن القصاص لايتجزأ فمن قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئاً ؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله ، ومن لايستحق كله لايستحق بعضه[1] .

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلا ؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص[2] وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضرورى ؛ لأن أحدهم قد يعفو ، أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لايسقط القصاص وأن القصاص لا يسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص ، ولهذا كان القاتل مستعملا حقه فى القصاص .

(د) القتل من العافى : ـ إذا كان القاتل هو نفس العافى فهو مسئول عن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ و ٣٨٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢

فعله ، ويعتبر قاتلا عمداً باتفاق[١] وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال[٢] لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم .

(ﻫ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولى الدم جارحة أو عضواً من الجانى ثم عفا عنه ولم يقتله مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف فى رأى أبى حنيفة وأحمد ؛ لأنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق ؛ لأن حقه فى القتل لافى القطع ، وكان القياس أن يقتص منه إلا أن القصاص درىء للشبهة « شبهة أن له تلف الطرف تبعاً للنفس » وإذا درىء القصاص وجبت الدية . ولكن حقه فى الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة ، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لاقبل ذلك ، فإذا قتل ظهر حقه فى الأطراف تبعاً ، وإن لم يقتل لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعاً ، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه[٣] .

ويرى الشافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جارحة أو عضواً من الجانى لايسأل جنائياً إذا عفا عن القتل ، ويعزر إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله ، وحجتهم فى عدم المسئولية فى حالة العفو أنه قطع طرفا أو أطرافا من جملة استحق إتلافها ، ومن له إتلاف الكل لايصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض[٤] .

ويرى مالك مسئولية الولى إذا أتلف جارحة أو قطع عضواً من الجانى

---

(١) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ولكن هناك من يرى غير رأيهم فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزير القاتل .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٤٧ ـ حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٥٨ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٧ ـ نهاية المحتاج جـ٧ ص٢٨٦ ـ المغنى جـ ٩ ص٤٦١ ـ الشرح الكبير جـ ٩ص٣٩١

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٩١ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٠٢ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٤ .

سواء عفا عن القتل أو لم يعف ، وعليه في ذلك القصاص ؛ لأن الجانى يستفاد له ومنه وتعقل جراحاته ما لم يقتل[١] .

٣٨٣ - (ثانياً) حكم ما دون القتل :

إذا وجب على الجانى قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجانى غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود ما يستحقه فقط ، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المماثل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص . أما لوكان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع ؛ لأن الجانى معصوم فى حقه ولم يهدر إلا للمجنى عليه أو وليه .

وإذا قطع المستحق طرفا من الجانى فى الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجانى منه فلا يسأل المستحق عن الموت ؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولايعتبر جريمة وما تولد عن مباح فهومباح ، فضلاعن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لابد منها ، فلو حمل منفذ العقوبة النتائج التى تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات أما أبوحنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت باعتباره قاتلا شبه متعمد ، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهوحقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئوليته[٢] .

أما مالك فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص فى الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للمصلحة العامة ، مع التسليم بأنه صاحب حق فى القصاص

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٥ — المدونة ج ١٦ ص ٢٢٢ — المغنى ج ٩ ص ٣٩١

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمبدأ العام عند مالك أن سراية القود غيرمضمونة أى : لايترتب عليها مسئولية جنائية ، وعلى هـذا فإذا اقتص شخص لنفسه فى طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السراية ولـكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة[1] .

وما ذكرناه عن أحكام العفو فى القتل وحالاته المختلفة ينطبق على العفو عن القصاص فيما دون النفس وليس ثمة ما يدعو لتـكراره هنا .

٣٨٤ - (سابعاً) السارق : كل من ارتـكب سرقة يجب فيها القطع يعتبر غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما ماعدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها ، وعلة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير ، ولهذا كان القطع واجباً لاحقاً ، وهو واجب على كل فرد وإن تـكفلت السلطات العامة بإقامته ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلا .

ويترتب على ماسبق أنه لوعدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فإنه لايعاقب على القطع ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشريعة عليه ، فإذا كانت السلطات العامة قدتـكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ، ولـكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته ، ولـكن لايجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع باعتباره مفتاتاً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب[2] .

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبتت السرقة بعد ذلك ، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع[3] .

---

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٣٤٢ - المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت إلا إذا كان مسئولا عن القطع ، فإن كان مسئولا عن القطع فهو مسئول عن قتله عمداً وإن لم يكن فلا مسئولية ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبى حنيفة أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير فى حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو فضلا عن أن استعمال الحق عند أبى حنيفة مقيد بشرط السلامة . أما القطع للسرقة فواجب ؛ لأنه حد وإقامة الحد واجبة على كل فرد ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلا عن أن الضرورة تقتضى التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تتعطل إقامة الحدود(١)

ويشترط الشافعية فى القاطع أن لا يكون مهدراً تطبيقاً لقاعدتهم الخاصة وهى أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، وهى قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على المجنى عليه فى السرقة ، ويعتبرون القطع حقاً للمجنى عليه وهو رأى مرجوح(٢) .

الفرع السادس
فى حقوق الحكام وواجباتهم(٣)

٣٨٥ - واجبات الحكام : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة ، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ .
(٢) شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .
(٣) للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد وعليهم كل الواجبات التى سبق بيانها ، ولكنهم بصفتهم حكاما لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر ، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التى يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التى يحملونها .

العموميون على اختلاف درجاتهم كل فيما يختص به . فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً ولو كان الفعل الذى قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة ، فالقتل مثلا محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة ؛ لأن العقوبة ليست عدواناً ؛ ولأن من واجب القاضى أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها ، والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين ، ولامسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلا ؛ لأن الحكم واجب على القاضى والتنفيذ واجب على المنفذ ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه .

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل . أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لاحق له فيه ، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة إقامة الحدود ، فلاخلاف بين الفقهاء فى أن إقامة الحدود واجبة ، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدى إليه من تلف ؛ لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة؛ ولأنه لابد للمكلف بالواجب من إتيانه ، فمن أقام حد الزنا على محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلامسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت ، فإذا تعمد الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً فى الحالين ، وهو مسئول عن الزيادة فى الحالين ولو لم يؤد الضرب للموت . وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام ، فإذا كان عالما بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتص منه فى كل ما تعمده من

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٤ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢٥١ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

جور فجار به على الناس ، فإذا قتل إنسانا قتل به ، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء باشر الفعل كأن ضر به بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع[١] .

وكما يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه ، لكنهم اختلفوا فى ضمان الخطأ ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته ؛ لأنه ضمان وجب بخطئه فمسئوليته عنه كمسئولية أى مخطىء . ورأى البعض أن ضمان الخطأ فى بيت المال لأن خطأ الإمام يكثر فلو وجب الضمان فى ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلا عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه[٢] .

ويطبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة فى التعازير ، فيرون أن لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزر إنساناً إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه ، سواء كانت العقوبة فى ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام ، أو كانت غير مهلكة كالجلد ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه ، ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها عليه ، وأن التعزير واجب لحفظ سلامة الأفراد وصيانة نظام الجماعة والواجب غير مقيد بشرط السلامة إذا أداه المكلف به فى حدوده المشروعة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ فى أدائه[٣] .

أما الشافعى فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو كانت العقوبة التعزير هى الموت ؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ ــ المذهب ج ٢ ص ١٨٩ ــ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ــ المدونة ج ١٦ ص ٥٧ ــ الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٤، ٣٣٥ ــ المهذب ج٢ ص٢٢٨ ــ الأم ج ٦ ص١٧٠، ١٧١

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٦ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

عن العقوبة كما أن من حقه اختيار العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم ، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك فكان مشروطاً بسلامة العاقبة فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلا فهو مسئول عن ضمان الجانى .

ويدخل في التعزير عند الشافعى حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة ، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولا ؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة .

ويحتج الشافعى فى ترتيب المسئولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن عليا - رضى الله عنه - قال : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد فى نفسى شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر فإن رسول الله لم يسنه لنا . كما يحتج بأن عليا أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففزعت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته ، ويحتج أيضاً بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير التعزير واجباً فى كل حال ، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة فى جرائم التعزير[1] .

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدأ الذى تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعى ، ولكن رأى الشافعى يؤدى إلى مبدأ اجتماعى صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذى يموت فى أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته ، ولاشك أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة

٣٨٦ - حقوق الحكام : - للحكام فى الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد ، واستعمال هذا الحق يؤدى إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ١٠٨ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٨

وذاك الواجب فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء : ٥٩]

وحق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق ، فليس لآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة ، وليس لمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف . وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقوله : « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » .

فأمر الحاكم فى التشريعة لايخلى المأمور من المسئولية ولو كان المأمور موظفاً. وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل مخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذى أتاه ، لأن أمر الرئيس فى هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته ، لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه ، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته .

وإذا كان الفعل محرماً ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للآمر معتقداً أنه غير محرم فلامسئولية على المأمور لحسن نيته بشرط أن يكون الفعل داخلا فى اختصاص الآمر ، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية[١] .

وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلاهما مسئول جنائياً عن الفعل ، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجئاً ، إذ الأصل فى الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكره من العقوبة . وإذا كان الإكراه الملجىء لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبى لا يعفى منها من باب أولى . والواقع أن الشريعة لا ترى فى مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة .

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠

وإذا كان الآمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك فإن عليه المسئولية دون الآمر .

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندى فصفة المأمور لاتحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الآمر لاتبيح له أن يأمر بما ليس من حقه .

٣٨٧ - بين الشريعة والقانون : وحكم الشريعة فى حق الآمر وواجب الطاعة يتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين من تفرقة بين حالة الجندى وغير الجندى ، فإنها لاتسمح للجندى بمخالفة أوامر رؤسائه فيما هو ظاهر أنه من اختصاصهم ، بينما تسمح لغير الجندى بمخالفة أمر رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون . والشريعة لا تقبل هذه التفرقة ؛ لأنها تحرم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جندياً أو غير جندى ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية لأنها تشجع المرءوس على قول الحق ، وعلى سلوك السبيل السوى ، وتجعل الرئيس فى حالة عجز عن مخالفة التشريع ؛ لأنه لايجد من ينفذ أمره ، وفى ذلك خير ضمان للمحكومين والحاكمين على السواء .

المبحث الثانى

أسباب رفع العقوبة

٣٨٨ - ما يرفع العقوبة : ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى: (١) الإكراه (٢) السكر (٣) الجنون (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلا يحرمه الشارع ويعاقب عليه ، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله ، فأساس

الإعفاء من العقوبة صفة قائمة فى شخص الفاعل . بعكس الأمر فى أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة فى الفعل لا تجعله محرماً ، وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة و بين أسباب الإباحة بأن الإعفاء يرجع لصفة فى الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة فى الفعل .

وسنخصص فيما يأتى مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة .

الفرع الأول
فى الإكراه

٣٨٩ - تعريف الإكراه : - يعرف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره . و بأنه فعل يوجد من المكره يحدث فى المحل أى المكره معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه . و بأنه عبارة عن تهديد الغير على ماهدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء[١] . ويعرفه البعض بأن مايفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[٢] . و يرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه[٣] .

٣٩٠ - أنواع الإكراه : - الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ١٧٩ .
(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .
(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٢ .

التلف عادة كالحبس والقيد لمـدة قصيرة ، والضرب الذى لا يخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجىء[١] .

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجارة والإقرار فلا تأثير له على الجرائم .

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة زنا مثلا ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره ، والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ورأيهم مرجوح أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه ، وأن التوعد بالعذاب لا يكون كرها ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم ما طلبوا فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول : « أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون أيضا بما قاله عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته . فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتيه المكره فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم[٢] .

ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى ، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة

---

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٨٠ .

(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٦٠ — الشرح الكبير جـ ٨ ص ٢٤٠ .

فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلا[1]

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ، ويصح أن يكون معنوياً ، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيدفيه واقعاً ، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

٣٩١ - شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توفرالشروط الآتية، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر الفاعل مكرهاً :

أولا : - أن يكون الوعيد ملجئاً - أى ممايستضر به ضرراً كبيراً - بحيث يعدم الرضاء كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلفباختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشىء إكراهاًفى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر، فبعض الأشخاص قد لايتضرر من الضرب عدة أسواط والبعض قديتضرر من ضربة سوط واحدة ، والبعض قديرحب بمكثه فى السجنأمداً طويلا ، والبعض قديضار ببقائه فى السجنليلة واحدة ، والتهديد بالضرب والحبس والقتل لايعتبر إكراهاً فى جريمة القتل ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراهاً ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وعضالة وشهرة فى حقه .

---

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ - البحر الرائق ج ٨ ص٨٠ - أسنى المطالب ج٣ ص٢٨٢، ٢٨٣ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

والتهديد بالشتم والسب والقذف ليس إكراهاً باتفاق[١] .

وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أوالتهديد إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أوالحبس والقيد الطويلين . وأمر من لا ساطان له لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الآمر قداعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره[٢] .

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة ، فإن أطاعت وهى لا تخشى شيئاً من هـــذا فلا يعتبر الأمر إكراهاً[٣] .

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف ، فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبى[٤] ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية[٥] ، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب[٦] .

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً فإن كان المال يسيراً فلا إكراه ، وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٦١ ـ مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥ .
(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٢ .
(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠ .
(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥ .
(٥) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١١٠ ـ أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى جـ٣ ص ٢٨٣
(٦) الإقناع جـ ٤ ص ٤ .

يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر [١] .

والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيما بصاحبه ؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً ، وأصحاب هذا الرأى يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً ، والبعض لايشترط إتلاف كل المال ويكفى عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه ضرراً كبيراً [٢] .

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلايعتبر الفاعل مكرهاً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان فى حالة إكراه ؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع فلا يعتبر أن التهديد هو الذى حمله على الفعل بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته [٣] .

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال [٤] يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه ، لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل ، ويرجع فى تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبنى على أسباب معقولة .

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — الإقناع ج ٤ ص ٤ المغنى ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٥ ص١٢٠ — أسنى المطالب ج٣ ص٢٨٢ — المغنى ج٨ص٢٦٠

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ .

ثالثاً ـ أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده ، لأن الإكراه لايتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه . ولايشترط فى المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف ؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره .

رابعاً ـ أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به ، فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به ، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأى طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك فإنه لايعتبر مكرهاً. ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة .

٣٩٢ ـ حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم ، ففى بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر ، وفى بعضها ترتفع المسئولية الجنائية ويباح الفعل ، وفى بعضها تبقى المسئولية الجنائية وترتفع العقوبة ، فالجرائم بالنسبة للاكراه على ثلاثة أنواع :

(١) نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به .

(٢) نوع يبيحه الإكراه فلا يعتبر جريمة .

(٣) نوع يرخص به الإكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه .

٣٩٣ ـ الجرائم التى لا يؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجىء لايرفع العقوبة على المكره إذا كانت الجريمة التى ارتكبها قتلا أو قطع طرف أو ضرباً مهلكا [1] وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] وقوله : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبينا ﴾ [الأحزاب : ٥٨] ويعللون عقاب المكره بأنه قتل المجنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه معتقداً أن فى قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره .

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٧ .

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكا ، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدى إلى خطر جسيم ، ولذلك يتشددون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة فى هذه الجرائم . ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره[1] . وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص[2] وفى مذهب أبى حنيفة[3] اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة ، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة فى عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تتفق تماماً فى النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية ، وهم الذين يرون أن فى حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان ، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذى يتهدده ، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير ، ولا يرون العقاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع ، أما إذا تساوت المصلحتان أو ضحى بأكبرهما قيمة فيرون عقاب الفاعل[4] . وقد طبقت هذه النظرية فى انجلترا فى حادث ملخصه أن يختاً غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم ، واستقلوا قارباً للنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوماً يقاسون أشد الآلام ، و بعدها اتفق القبطان ورفيقه

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ـ المغنى ج ٩ ص ٣٣١ ـ الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٧ ـ المهذب ج ٣ ص ١٨٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٤) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ .

على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فحكم عليهما بالإعدام ثم استبدل بالإعدام الحبس .

٣٩٤ - الجرائم التى يباح فيها الفعل : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية فى كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه فى حالة الإكراه كأكل الميتة وشرب الدم ، لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام : ١١٩] ولقوله : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة : ١٧٣] فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم فى غير حالة الإكراه ، ولكنه يباح إذا أكره الإنسان عليه ، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل ولو أنه محرم أصلا ، لأن التحريم يزول بالإكراه ، بل إن المكره ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقاً للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكره ؛ لأنه يلقى بنفسه فى التهلكة بامتناعه وعدم مطاوعته[1] .

ويشترط فى الإكراه الذى يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون إكراهاً ملجئاً ، فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه.

ويمكن معرفة الأفعال التى يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة النصوص التى حرمتها ، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى من هذا النوع ، وإن لم تكن أحلتها فهى ليست منه . وعلى كل حال فهذه الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات .

ويختلف الفقهاء فى شرب الخمر فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون أن الإكراه يبيح الفعل ، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٤٥ ومابعدها - مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٢٩ .

الفعل فيظل الفعل محرماً على أصله . ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف أى لانعدام الاختيار[١] .

مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائياً ولامدنياً عن فعل مباح ، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل ، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنياً عن الجريمة فى ذاتها ، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضرراً بالغير ، فلحم الخنزير مثلا محرم أصلا ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم ، ولا يعتبر تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا إشترى اللحم أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم وإنما هى عن الغصب أو السرقة فكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للاكراه ، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين .

٣٩٥ - بين الشريعة والقانون . وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية فى أنها تجعل الإكراه مبيحاً لبعض الأفعال المحرمة ، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلا ؛ لأن فى إتيانها ضرر بمن يأتيها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شىء ، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير ، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم ، أما ماعدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أتاها مختاراً فإن

---

(١) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٥ ص ٣١٨ وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٢٧

الفعل يمس مصلحة الغير ، فأساس التحريم قائم فى حالتى الإكراه والاختيار ، ومن ثم بقى الفعل جريمة فى الحالين ، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رفعت عنه عقوبة الفعل للاكراه .

ولعل منطق الشريعة فى هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التى تسوى فى الحكم بين الجرائم جميعاً وإن اختلف أساس التحريم فيها . فالقانون المصرى مثلا يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة [1] والحكمة فى تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيمرض الآكل ، فإذا اضطر الجوع إنساناً ليأكل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلا المحافظة على حياة الآكل ، وبالرغم من أن تحريم الفعل فى حالة الاضطرار يؤدى إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم فى هذه الحالة منعدمة . وهكذا لانجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة فى جانب الشريعة .

٣٩٦ - الجرائم التى ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة فى كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق مع بقاء الفعل محرماً على أصله ، وعلة ذلك أن المكره لا يأتى الفعل راضياً عنه ولا مختاراً له اختياراً صحيحاً ، والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل . فالسبب فى الإعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل فى ذاته ؛ ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقى الفعل محرماً .

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاماً ، فإن كان ناقصاً لم ترتفع العقوبة ، ويستوى أن يكون الإكراه التام مادياً أو معنوياً .

---

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات .

ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة و إتلاف مال الغير ، فهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً ، لقوله تعالى: ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل : ١٠٦] ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله ».

واختلف الفقهاء في زنا الرجل فقال أبو حنيفة أولا : إن الرجل لا يزنى إلا منتشراً ، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار ، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبة ، ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأى ؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولية لا دليل الاختيار (١) . وفي مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى رأى أبي حنيفة الأول ولكنهم قلة ورأيهم مرجوح ، والرأى الراجح في المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفى الرجل من عقوبة الزنا ؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار (٢) .

أما المرأة المكرهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد. ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أى أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المادى و بين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوى ، ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فلما رفع أمرها لعمر استشار عليا رضى الله عنهما فأفتى عليّ بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله تعالى

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٢٩٤ ـ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٩١ ـ المغنى جـ ١٠ ص ١٥٨، ١٥٩

﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فلم يعاقبها عمر .

حكم المسئولية المدنية : يسأل المكره مدنياً فى هذا القسم عن الأضرار التى أصابت غيره من الجريمة التى ارتكبها ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ــ أى أن الاعتداء عليها محرم ــ وأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل ــ أى أن ما اعتبره الشارع عذراً للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم ــ فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التى سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر .

وتتفق الشريعة فى هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عمن ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى (١) .

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولا مدنياً عن الأضرار التى أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة .

٣٩٧ ــ أساس نظرية الإكراه فى الشريعة : بينا فيما سبق أساس حالة الإكراه المبيح للفعل ونبين الآن أساس ما عداه من حالات الإكراه . والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقاً وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين : إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره . وإذا كانت المسئولية الجنائية تقوم على اختيار فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار ، ولا يعتبر الاختيار منعدماً إذا انحصر وضاق مداه على

---

(١) راجع المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

الوجه السابق ؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أى حال .

والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره ، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه ، وكلاهما أمر تأباه الشريعة ، فهى تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة ، فالمكره حين يختار إنما يختار بين محرمين أو بين ضررين وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة : أولاهما : إن الضرر لا يزال بالضرر ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للانسان أن يدفع الضرر بمثله ، فليس له أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر وهكذا . وثانيتهما : إن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدها ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين فيجوز للانسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد ، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما . فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكره أن يأتى من الأمرين أمرا واحدا بعينه ، فإذا أتاه فهو لا يختار فى الواقع وإنما يضطر إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا ونزولا على حكم الشريعة ثانيا ، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتى الضرر سالفى الذكر فتنعدم المسئولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة . أما إذا خالف حكم قاعدتى الضرر ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا الاختيار لا يعدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا .

وقد جاءت أحكام الإكراه فى الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق ، فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه أو ضربه ضربا مهلكا فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما يؤدى إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك ، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشد منه فإذا فعل ذلك فقد اختار وهذا الاختيار على ضيق مداه لا يرفع عنه المسئولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك . أما ماعدا هذا

من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس ، فإذا ارتكب المكره الجريمة لينجى نفسه من الهلاك فإنه لا يدفع الضرر بمثله ، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ، ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة ، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له فى إتيانها أو تركها ، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة .

٣٩٨ بين الشريعة والقوانين الوضعية :— هذه هى نظرية الإكراه فى الشريعة ومن له إلمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية والثانية النظرية المادية ، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما ، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المكره فى الاختيار ، أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا وأن فكرة توفر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين ، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما ما دام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه ، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال ؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة ، ولأن المجرم لا يعتبر خطرا ، وهو تعليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على أساس قانونى [1] .

٣٩٩ الإكراه والضرورة :— ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم ، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل ، ففى الإكراه يدفع

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ ــ شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٦ وما بعدها .

المكره إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجبره على إتيانه أما فى حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل فى ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم؛لينجى نفسه أو غيره من الهلكة ، كمن يركب مع آخرين قارباً مملوءاً بالأمتعة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمتعة التى تثقله فى الماء ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد ، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك ، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم ، ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل ناراً فى حطب آخر ليستدفىء أو أشعلها له غيره . ففى كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره فى حالة أو فى ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو إنجاء غيره من الهلكة .

٤٠٠ ـ **شروط حالة الضرورة** : ـ يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط :

١ — أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره فى حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .

٢ — أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه .

٣ — أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذى يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاماً .

٤ — أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

٤٠١ - **حكم حالة الضرورة :** - يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة ، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة ، وجرائم تبيحها الضرورة وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة .

٤٠٢ - **الجرائم التى لاتؤثر عليها الضرورة :** - ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجى نفسه من الهلكة ، فإذا كان جماعة فى قارب مشرف على الغرق لثقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقى غيره فى الماء ليخفف حمولة القارب ولينجى نفسه وغيره من الهلكة ، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذى يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم ، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب فى أكثر الأحوال .

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان فى حالة الضرورة ولو كان مهدراً ، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه مايردجوعه سواء كان المهدر حيا أو ميتا ، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة[١] .

ويجيز الشافعى وأحمد أكل لحم المهدر فى حالة الضرورة سواء كان المهدر حيا أو ميتا ، ويوافقهما فى هذا بعض الحنفية بل يبيح الشافعى و بعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم فى حالة الضرورة ؛ لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت ، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت[٢] .

و يبيح الشافعى للمضطر أن يقطع من جسمه فلذة ليأكلها فى حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع[٣] ، ويخالفه فى هذا بقية الفقهاء .

وليس للمضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته ؛ لأنه أحق به حيث

---

(١) مواهب الجليل ج٣ ص ٢٣٣ - حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٢٩٦

(٢) المغنى ج١١ ص ٧٩ - أسنى المطالب ج١ ص٥٧١ .

(٣) أسنى المطالب ج١ ص ٥٧١ .

يساويه فى الضرورة وينفرد بالملك ، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويعتبر قاتلا له بغير حق[١] .

وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه ، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه ، فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائيا عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع ، وإن قتله المضطر فهو هدر ؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه الصائل . وليس للمضطر أن يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشىء فى الثمن ؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا ثمن المثل[٢] ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد ، ولا يختلف عن رأى أبى حنيفة إلا فى أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح[٣]

٤٠٣ — **الجرائم التى تبيحها الضرورة** : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها فى حالة الضرورة ، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات ، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها فى حالة الاضطرار باتفاق ، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذى يسد الضرورة ، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأى ، أو بقدر ما يشبعه على رأى آخر ، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعا فى صحراء[٤] .

---

(١) المغنى ج ١١ ص ٨٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .
(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ ـ أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٤
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٣٠ ـ أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ ـ المغنى ج ١١ ص ٧٣ .

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة ، بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة[١].

وقد اختلفوا فى إتيان الفعل المحرم الذى يباح للضرورة ، فقال البعض ورأيهم الراجح : إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حقا له ، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [البقرة : ١٩٥] ولقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ [النساء : ٢٩] فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيى نفسه ، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها ، فإتيان الفعل حق لا واجب[٢].

٤٠٤ — *الجرائم التى ترفع الضرورة عقوبتها* : — وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما ، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب ، وإلقاء أمتعة الركاب فى البحر إذا أشرف المركب على الغرق .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن لا يأتى المضطر الفعل إلا بالقدر الذى يدفع الضرورة ، فليس للجائع أن يأكل من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ، وليس له أن يأخذ معه شيئا ، وليس لراكب القارب المشرف على الغرق أن يلقى من أمتعة الركاب إلا بالقدر الذى يمنع غرق القارب .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة ، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء ، فمن يسرق أمتعة من آخر ليبيعها ويشترى بثمنها

---

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ — المغنى ج ١١ ص ٧٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٨ .

طعاما لا يستطيع أن يدعى أنه كان فى حالة ضرورة ؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة ، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان فى حالة ضرورة ؛ لأن السرقة تؤدى مباشرة لدفع الضرورة .

٤٠٥ - حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة : - حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة هو حكمها فى حالة الإكراه فالمضطر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا .

٤٠٦ - الأساس الشرعى لحالة الضرورة : — الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه ، ففى حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء ، وفى حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم ، وفى حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقق الإلجاء وانعدام الاختيار ، وقد فصلنا القول فى ذلك كله أثناء الكلام على الإكراه .

الفرع الثانى

فى السكر

٤٠٧ - الشرب والسكر : تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر ، وتعتبر جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة .

وإجماع الفقهاء فيما عدا أبو حنيفة وأصحابه على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمى خمرا أو كان له اسم آخر ، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر ، ولكن أباحنيفة يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات ، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر ، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا .

والخمر فى رأى أبى حنيفة هى عصير العنب النىء[١] إذا غلا واشتد وقذف زبده[٢]، أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ. أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر[٣] لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه.

والمخدرات على اختلاف أنواعها كالحشيش والداتورة وما أشبه لها حكم المسكر، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد؛ لأنه ورد فى الخمر والسكر، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس، والمتفق عليه أن عقوبة تناول المخدرات هى التعزير.

تعريف السكر :- ويعرف السكر بأنه : غيبة العقل من تناول خمر أو مايشبه الخمر[٤]. ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وهو رأى أبى حنيفة[٥] ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان، وحجتهما قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ [النساء : ٣٤] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة[٦].

٤٠٨ - السكر والمسئولية الجنائية - الرأى الراجح فى كل من المذاهب

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٢.
(٢) عصير العنب النىء خمر عند محمد أبى يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به.
(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٣٢٧.
(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبى حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع المخدرات.
(٥) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٨.
(٦) المغنى جـ ١٠ ص ٢٣٥.

الأربعة[1] أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرهاً ، أو تناول المسكر مختاراً وهو لا يعلم أنه مسكر ، أو شرب دواء للتداوى فأسكره ؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه .

ويلحق بالإكراه حالة الاضطرار ، فمن شرب الخمر مثلا وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها ؛ لأنه مكره على تناولها . أما من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر ، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه ، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها أثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ، ويعاقب بعقوبتها ؛ لأنه أزال عقله بنفسه ، وبسبب هو فى ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له ، فضلا عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شىء .

وفى كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح[2] بل مهجور وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختاراً أو مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ؛ لأن عقله كان زائلا وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركا ، والإدراك أساس المسئولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسئولية ، ومصدر هذا الرأى عثمان رضى الله عنه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب ولكنه كما قلنا رأى مهجور .

٤٠٩ - السكر والمسئولية المدنية : يسأل السكران مدنياً عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره ، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقاً للقاعدة العامة فى الشريعة ، والأعذار

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٥٨ و جـ ١٠ ص ٣٢٥ ومابعدها - مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣١٧ تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٢٧ - تحفة المحتاج - جـ ٤ ص ١١٨ - المهذب جـ ٢ ص ٨٢ ، ١٨٥ ، ٢٠٤ - البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٥ - شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧٨ .

(٢) المراجع السابقة .

الشرعية لا تبيح عصمة المحل ، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من مسئوليته مدنياً عن تعويض الأضرار التى سببها للغير ؛ لأن عدم الإدراك إذا صلح سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الدماء والأموال.

٤١٠ - **الشريعة والقوانين** : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء فى الشريعة ، وينقسمون أيضا قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأى المرجوح فى الشريعة من أن السكران لا يعاقب فى أى حال على ما يرتكبه من الجرائم ، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأى الراجح فى الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره .

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية ، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها .

الفرع الثالث

الجنون

٤١١ - **تمهيد** : تعتبر الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسئولا مسئولية جنائية إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان ، ومعنى الإدراك فى المكلف أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك .

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية وقد يولد متمتعاً بهذه القوى ، وقد تنمو قواه العقلية مسايرة نمو جسمه ، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو

عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوار نموه وتظل القوى العقلية باقية فى أطوارها الأولى وقد يبلغ الإنسان رشيداً متمتعاً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها ، ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان .

وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمراً ويسمونه جنوناً مطبقاً . وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً . وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك فى موضوع بعينه ، ولكنه يظل متمتعاً بالإدراك فيما عداه ، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئى . وقد لا تفقد القوى العقلية تماما ، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادى ، فلا ينعدم الإدراك كلية ، ولا يصل فى قوته إلى درجة الإدراك العادى للأشخاص الراشدين ، وهذا ما يسمونه بالعته أو البله . وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلح على تسميتها بأسماء معينة ، ولكنها جميعاً تقوم على أساس واحد هو انعدام الادراك فى الإنسان ، وحكم هذه الحالات جميعاً واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها ، وهو أن المسئولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك فإذا لم ينعدم فالمسئولية قائمة .

٤١٢ ـ تعريف الجنون : ونستطيع بعد ماسبق أن نعرف الجنون : بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون والعته وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التى تؤدى لانعدام الإدراك ، وسنبين فيما يلى حالات الجنون وما يلحق بها .

٤١٣ ـ الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلى المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته ، ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات المجنون ، وإما لكونه جنوناً كلياً لايفقه صاحبه شيئاً ، ويعبر بعض الفقهاء عن المجنون جنوناً مطبقا بالمجنون المغلوب ، ولكن البعض يرى أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كليا بحيث

لا يعقل شيئاً ما ، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر .

٤١٤ ـ **الجنون المتقطع** : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً ، ولـكنه جنون غير مستمر ، فهو يصيب الشخص تارة و يرتفع عنه أخرى ، فإذا أصابه فقد عقله تماماً ، و إذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار . فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده فلا يكون مسئولا جنائياً ، فإذا انقشع عنه عاد له الإدراك وصار مسئولا جنائياً عما يرتـكبه من جرائم فى حالة إفاقته ، بعـكس المجنون جنونا مطبقاً ، فإنه لا يسأل جنائياً ؛ لأن جنونه تام ومستمر .

و إذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية ، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً فى حالة أو فى حالات معينة ، ولـكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك ، فحـكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى .

و إذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولـكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحـكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه .

٤١٥ ـ **الجنون الجزئى** : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفـكير المجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحى فقط مع بقائه متمتعاً بالإدراك فى غيرها من النواحى ، فهذا هو الجنون الجزئى .

والمجنون جزئياً مسئول جنائياً فيما يدركه ، وغير مسئول فى النواحى التى ينعدم فيها إدراكه .

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعاً ينتاب المريض حيناً و يرتفع عنه حيناً آخر ، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولا جنائياً عما يرتـكبه من جرائم فى حالة إفاقته . وقد يكون الجنون الجزئى مستمراً ، ويسمى البعض الجنون فى

هذه الحالة بالمجنون المغلوب ؛ لأنهم يرون أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان كليا أو جزئيا ، والتسمية على كل حال لا أهمية لها ؛ لأن العبرة فى انعدام المسئولية بفقد الإدراك لا بالتسمية ، فالمجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه .

٤١٦ - العته : يعرف الفقهاء المعتوه بأنه : من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئاً من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه ، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون ، ويمكن القول بأن الجنون يؤدى إلى زوال العقل أو اختلاله . أما العته فيؤدى إلى إضعافه ضعفا تتفاوت درجاته ، ولكن إدراك المعتوه أيا كان لا يصل إلى درجة الإدراك فى الراشدين العاديين .

وأكثر الفقهاء يسلمون بأن العته نوع من الجنون وبأن درجات الإدراك تتفاوت فى المعتوهين ولكنها لا تخرج عن حالة الصبى المميز ، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبى غير المميز وبعضهم كالصبى المميز ، وأصحاب هذا الرأى لا يجعلون فرقا بين الجنون والعته إذا كان المعتوه فى أقل درجات التمييز ، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثانى يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة .

وسواء صح هذا الرأى أو ذاك فهى مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى ؛ لأن فاقد الإدراك معفى من العقاب سواء سمى معتوها أو مجنونا أو كان له اسم آخر .

٤١٧ - الصرع والهيستريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها. وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة ، ولعل السر فى ذلك أن العلوم النفسية والطبية

لم تـكن وصلت إلى ما هى عليه اليوم من التقدم ، لـكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة .

والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار ، وقد يرتـكب وهو فى هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته .

والمصاب بالهيستريا تنتابه حركات تشنجية فإذا عاودته راح يهذى دون وعى ، والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها و يدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها .

وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتـكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا فى درجة إدراك المعتوه ، و يأخذ هؤلاء المرضى حكم المـكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك ولـكنهم فاقدى الاختيار فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم .

٤١٨ - تسلط الأفكار الخبيثة : و يلحق بالجنون ما يسمونه فى عصرنا الحاضر تسلط الأفـكار الخبيثة وهى حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة ،ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فـكرة معينة ، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة فى إتيان فعل معين استجابة للفكرة المتسلطة ، كمن يعتقد أنه مضطهد ، أو أن أناساً ير يدون قتله أو تسميمه ، فيشعر بالرغبة الجامحة فى قتل من يتوهم أنه ير يد قتله أو الانتقام منه ، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فـكرة متسلطة عليه .

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالمجانين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدوا الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا .

٤١٩ - ازدواج الشخصية : هى حالة مرضبة نادرة تصيب الانسان

فيظهر فى بعض الأحيان بغير مظهره العادى ، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملامحه و يأتى أعمالا ما كان يأتيها وهو فى حالته العادية ، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئاً مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية .

وحكم هذه الحالة أنه يعتبر مجنونا إذا لم يدرك ما يفعل ؛ لأنه كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل .

٤٢٠ ـ **ضعف التمييز** : هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل ، وهم على ضعف إدراكهم سريعو الاندفاع ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم ، وهذا الإدراك الناقص نوعا لا يعفى من العقاب طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وهو كذلك لايعفى من العقاب فى القوانين الوضعية . ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة باعتبار الفاعل معذورا ، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة ؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم . ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير ، أما جرائم الحدود والقصاص فلايصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها.

٤٢١ ـ **الصم البكم** : الصم البكم مسئولون جنائياً عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها ، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن اعتبارهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصم البكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقروا بالجريمة ؛ لأن الصمم والبكم شبهة ؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها ؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود . ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى

أبى حنيفة ، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن فى الإشارة شبهة ولا يرون درء الحد عنه للصمم والبكم .

٤٢٢ - الحركة النومية : يأتى بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ، ويغلب أن تكون الحركات التى يأتى بها النائم ترديدا للحركات التى اعتاد أن يأتيها فى اليقظة ، ولكن يحدث أن يأتى بحركات مخالفة لاعلاقة لها بالحركات التى يأتيها وهو متيقظ .

ويعللون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لاتتأثر بنومه بل يهجع بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة ، ويحدث عند من تنتابهم هذه الحالة أن تتنبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدى وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك ، فيتحرك أو يكتب أو يأتى أعمالا أخرى ، ثم تزول حالة التنبه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة مما حدث منه أثناء النوم .

والقاعدة العامة فى الشريعة أن لاعقاب على النائم ، لقول النبى عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق » وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحداً إلا أن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون ، ولعل الحكمة فى هذا هى أن النائم المتيقظ يتمتع بالإدراك و إنما يفقد فقط الاختيار ، فهو يعمل مايعمل دون أن يقصد عمله ، وهو وقت العمل لايفقد إدراكه بدليل أنه لايأتى أعماله اعتباطاً ويميز بين الضار والنافع ولا يأتى أعمالا تضر به.

وشراح القانون الوضعى يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا ، وأن ميوله هى التى تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بعقله .

ويلوح لى أن إلحاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون

حتى لو صح أن النائم يفقد إدراكه أيضا ؛ لأن المكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره ، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يغنى عنه عقله ولا إرادته شيئا ، والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار ولكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية .

وليس ثمة فرق عملى بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذه المسألة بالرغم مما ذكرنا ؛ لأن الإكراه فى الشريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون ، وحكم الإكراه والجنون فى القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضاً العقوبة ، فسواء اعتبرنا النائم مكرها أو مجنونا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم أثناء نومه .

٤٢٣ — التنويم المغناطيسى : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة ، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ، ولا يستطيع مقاومة إيحاء الآمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة . ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى .

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعى ، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتكب جريمة من الجرائم التى يرفع فيها الإكراه العقاب ، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون ؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك وإنما يسلبه فقط الاختيار .

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى اعتبار التنويم المغناطيسى

إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون .

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغما أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة ، أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام فإن النائم فى هذه الحالة يعتبر متعمداً ارتكاب الجريمة ، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعده على ارتكابها ، فهو مسئول عن فعله طبقا لقواعد المسئولية العامة ، وفى هذا تتفق الشريعة الاسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق .

٤٢٤ - **هياج العواطف** : إذا كان الإنسان متمتعا بالادراك والاختيار ثم ارتكب جريمة فهو مسئول عنها جنائيا ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية ، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة ، فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول عن قتله ، ومن دفعه الحب الشديد لقتل إنسان ليخلصه من آلامه الشديدة فهو مسئول أيضا عن قتله ، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسئولية الجنائية ، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيرا ، أما إذا كانت حدا فلا أثر للعاطفة على المسئولية ولا على العقوبة .

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تعتبره الشريعة مبرراً لارتكاب الجريمة ولا مانعا من المسئولية الجنائية ، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيرا ، فإن كانت العقوبة حدا فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها .

ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسئولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو فى حالة إكراه .

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير المحصن من العقوبة إذا قتل فى حالة التلبس على أساس أنه كان فى حالة استفزاز وتهيج ، ولكن الرأى الراجح

أن علة القتل هى تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدى واجباً عليه فالفعل مباح له (١) .

هذا هو أثر العواطف القوية على المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسئولية الجنائية ، ولكنها قد تصلح عذراً لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضى ذلك . على أن بعض القوانين تجعل من حالة الاستفزاز عذراً قانونياً كالقانون الفرنسى فإنه يجعل الاستفزاز عذراً قانونياً فى جرائم القتل والضرب وكالقانون المصرى يجعل التلبس بالزنا عذر للزوج الذى يقتل زوجته ومن يزنى بها.

٤٢٥ ــ حكم الجنون : يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان معاصراً للجريمة أو لاحقا لها .

٤٢٦ ــ حكم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجانى لانعدام الإدراك فيه . فالجنون لا يبيح الفعل المحرم وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل ، وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة ، ولا تختلف الشريعة فى هذا عن القوانين الوضعية الحديثة ، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل ، ونص القانون المصرى صريح فى هذا ، فهو يقضى بأن لاعقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة فى العقل (٢) .

مسئولية المجنون المدنية : وإعفاء المجنون ومن فى حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن فعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، ولأن

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٦٩ ــ البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ ــ المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون العقوبات .

الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل ، فإذا كان الجانى له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير فى تعويض الأضرار التى سببها له الجانى بفعله ؛ لأن الفعل يظل محرماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لايجعل الجانى أهلا للعقوبة فإنه لاينفى عن الجانى أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها وما دامت هذه الأهلية متوفرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسئولية المدنية وهى مسئولية مالية .

مدى مسئولية المجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن المجنون ضامن لأفعاله أى مسئول عنها مدنياً ، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضاً كاملا ما دام الضرر ناشئاً عن عمله . ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا فى مدى مسئولية المجنون المدنية فى جرائم القتل والجرح . وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تكييف جرائم المجنون، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد المجنون خطأ ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً ، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ [1] . أما الشافعى فيرى أن عمد المجنون عمد لا خطأ ، وأن الجنون يعفيه من العقوبة فقط ولا يؤثر على تكييف الفعل ؛ لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً [2] .

وللاختلاف على تكييف فعل المجنون أثره على التعويض الذى يلزم به المجنون ؛ لأن الدية فى جرائم العمد مغلظة ويحملها العامد فى ماله الخاص ، ولكن الدية فى جرائم الخطأ مخففة وتحملها العاقلة مع الجانى أو عنه . ولما كان التعويض فى جرائم القتل والجرح مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها ، ولذلك جعل الشافعى التعويض فى مال المجنون لما اعتبره عامداً ؛ لأن المتعمد يحمل الدية فى ماله ،

---

(١) مواهب الجليل ج٦ ص٢٤٢ ـ بدائع الصنائع ج٧ ص٢٣٦ ـ المغنى ج٩ ص٣٧٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٣٤ .

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته ؛ لأنهم اعتبروه مخطئا لا عامدا ولو جعلوا التعويض كله فى ماله مع اعتباره مخطئا لـكان مركز المجنون فى جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطىء ؛ لأن العاقل المخطىء لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة .

٤٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون : - يختلف القانون المصرى والقانون الفرنسى عن الشريعة فى هذه المسألة ، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولا مدنيا عن جرائمه ولـكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل فى ملاحظته ، ويعللون عدم مسئولية المجنون مدنيا بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تـكن هناك إرادة . وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله ، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير[1] ، ويعللون هذا الحـكم بأن الخطأ خطأ المسئول عن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شىء من التعسف

ونصوص القانون المصرى والفرنسى فى المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية الخطأ La faute ، ولـكن هناك نظرية أخرى حديثة هى نظرية الخطر La thèorie du risque تحاول أن تزحزح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنيا عن تعويض الأضرار التى أحدثها من ماله الخاص ، وقد طبق القانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض ما أحدثه من ضرر فى حدود مقدرته على دفع التعويض ، والقانون السويسرى يبيح للقاضى أن يحكم على غير المسئول

---

(١) المسئولية المدنية لمصطفى مرعى ص ١٥٣ .

جنائياً بتعويض الضرر الذى أحدثه تعويضاً كلياً أو جزئياً، بل إن القانونين الألمانى والسويسرى يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذى أتاه من الأفعال التى يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطى المسكرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق. وذلك لأنه يوجد فى هذه الحالة خطأ أصلى يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتبرير مسئوليته[1].

وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر وهى أحدث النظريات تتجه اتجاه الشريعة فى مسئولية المجنون مدنياً بل هى نفس نظرية الشريعة، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا فى القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً وأكثر.

٤٢٨ - حكم الجنون اللاحق للجريمة : الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده : -

الجنون قبل الحكم : إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولا يوقفها عند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة، وليس فى رأيهم هذا ما يسىء إلى مركز المجنون؛ لأن محاكمة المجرمين فى الشريعة محوطة بضمانات قوية، ولعل أصحاب هذا الرأى كانوا متأثرين فى رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أى شىء آخر، فالمجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة؛ لأن أثر الجنون ينحصر فى إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها، فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع عجزهم من محاكمتهم، فليس إذن

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٢٩ .

مما يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء وإيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه ؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون فمل الحكم يمنع المحاكمة ويوقفها حتى يزول الجنون ، وأساس هذا الرأى أن شرط العقوبة التكليف ، وأن هذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجانى مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته .

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمة المجنون ، ولكن القانونين يجعلان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه ، وهذه العلة ظاهرة فى نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها « إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفى لدفاعه عن نفسه وإذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم » .

وعلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع وإنما هى عدم استيفاء شرط العقاب ، ولعل هذا التعليل أدق منطقا من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع ؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان محاكمة الأخرس ولا الأصم ولا الأبكم ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماما كالمجنون ، فضلا عن أن حالاتهم أكثر طروءاً فى العمل من حالة المجنون .

الجنون الطارىء بعد الحكم : إذا جن الجانى بعد الحكم عليه فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار ؛ لأن للمحكوم عليه فى جرائم الحدود أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة

وبعد البدء فى التنفيذ . فإذا رجع فى إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا ، ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع فى إقراره وكان من حقه أن يرجع فى إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق المجنون. أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار فلايوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم . وأساس هذا الرأى أن العقوبة عن جريمة ارتكبها مجرم مسئول وقت ارتكابها ، وأن العبرة فى الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هى بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده(١)

ويمكن تعليل هذا الرأى أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، فإذا تعطل جانب التأديب بجنون المحكوم عليه لأنه لايشعر بالتأديب فلاينبغى تعطيل جانب الزجر ؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة فى تنفيذ العقوبة لزجر الغير .

وفى مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وتحل محلها الدية ، ولكن البعض الآخر يرى فى حالة اليأس من إفاقة المجنون أن يسلم المجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية (٢).

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على المجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم المجنون للتنفيذ عليه ؛ لأن هذا يعتبر بدءاً فى التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف للجنون . وإذا كانت العقوبة قصاصا فجن الجانى بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا(٣).

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولهما: أن شرط العقوبة

---

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٩ ـ المغنى ج ٩ ص ٣٧٧ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٢ .
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٠ .

تـكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولا مسئولية جنائية ، والعقوبة لا تـكون إلا بالقضاء أى بالحـكم بها فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التـكليف وقت المحاكمة والحـكم . ثانيهما ـ أن الاستيفاء من تمام القضاء ، أى إن تنفيذ المحـكوم به يعتبر متمما للتقاضى ، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم .

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا ، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية ، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله ولـكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدنى . ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة ، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد

الفرع الرابع

صغر السن

٤٢٩ ـ تمهيد : تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغار والـكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزاً كاملا ، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت ولـكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرنا عليها تعتبر أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر .

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادىء التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية ، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم

العلوم الطبية والنفسية ، ولـكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطوراً عظيما لم تأت بعد بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية .

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار فى القوانين القديمة التى كانت تعاصر الشريعة عند نزولها،وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الرومانى أساس القوانين الأوربية الحديثة ،فهذا القانون كان بحق أرقى القوانين الوضعية كافة ، ولـكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والـكبار إلا إلى حد محدود ، فقد كان يميز بين الطفل فى سن السابعة ومابعدها ويجعل الصغير مسئولا جنائيا إذا زاد سنه عن سبع سنوات ، ولايجعله مسئولا إذا قل سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتـكب الجريمة بنية الإضرار بالغير ففى هذه الحالة يكون مسئولا جنائيا عن عمله ، وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية .

٤٣٠ - الصغر والمسئولية الجنائية . تقوم المسئولية الجنائيـة فى الشريعة الاسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسيين . هما الإدراك والاختيار،ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التى يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذى يستـكمل فيه ملـكتى الإدراك والاختيار . والانسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الادراك والاختيار، ثم تبدأ ملـكتا الادراك والاختيار فى التـكوين شيئا فشيئا حتى يأتى على الانسان وقت يستطيع فيه الادراك إلى حد ما ولـكن إدراكه يكون ضعيفا وتظل ملـكاته تنمو حتى يتـكامل نموه العقلى . وعلى أساس هذا التدرج فى تـكوين الادراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية، ففى الوقت الذى ينعدم فيه الادراك تنعدم المسئولية الجنائية ، وفى الوقت الذى يكون فيه الادراك ضعيفا تـكون المسئولية تأديبية لا جنائية ، وفى الوقت الذى يتـكامل فيه الادراك يكون الانسان مسئولا جنائيا .

ويتبين مماسبق أن المراحل التى يجتازها الانسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك ويسمى الانسان فيها

بالصبى غير المميز . الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف و يسمى الإنسان فيها بالصبى المميز . الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد

٤٣١ - المرحلة الأولى : انعدام الادراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبى وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقا ، وفى هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدما فى الصبى و يسمى بالصبى غير المميز ، والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها فالتمييز قد يظهر فى الصبى قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحى والعقلى ، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الادراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحد للجميع ناظرين فى ذلك إلى الحالة الغالبة فى الصغار ، وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام ، ولأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضى أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا ؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه .

و يعتبر الصبى غير مميز مادام لم يبلغ سنه سبع سنوات ولو كان أكثر تمييزاً ممن بلغ هذه السن ؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد ، وحكم الغالب أن التمييز يعتبر منعدما قبل بلوغ سن السابعة ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً . فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه ولا يعزر .

ولكن إعفاءه من المسئولية الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها ، فهو مسئول فى ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره فى ماله أو نفسه ، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسئولية المدنية كما يرفع المسئولية الجنائية ؛ لأن القاعدة الأصيلة فى الشريعة الاسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة .

٤٣٢ - **المرحلة الثانية:** الادراك الضعيف : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبي السابعة من عمره وتنتهي بالبلوغ ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً فإذا بلغ الصبي هذه السن اعتبر بالغاً حكما ولو كان لم يبلغ فعلا .

ويحدد أبوحنيفة شخصياً سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، وفي قول بتسعة عشر عاماً للرجل وسبعة عشر عاماً للمرأة ، والرأي المشهور في مذهب مالك يتفق مع رأي أبي حنيفة إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، بل إن بعضهم يرى أن يكون تسعة عشر عاما .

وفي هذه المرحلة لايسأل الصبي المميز عن جرائمه مسئولية جنائية ، فلا يحد إذا سرق أو زنا مثلا ، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم ، والتأديب وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية ، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديبياً أن لايعتبر الصبي عائداً مهما تكرر تأديبه ، وأن لايوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديبياً كالتوبيخ والضرب .

ويسأل الصبي المميز مدنيا عن أفعاله ولو أنه لايعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التي ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبي غير المميز

٤٣٣ - **المرحلة الثالثة :** مرحلة الادراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبي سن الرشد ، أي بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأي عامة الفقهاء ، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأي أبي حنيفة ومشهور مذهب مالك .

وفي هذه المرحلة يكون الانسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها ، فيحد إذا أزنا أوسرق ، و يقتص منه إذا قتل أوجرح ، ويعزر بكل أنواع التعازير.

٤٣٤ - **علة اختلاف الفقهاء في تحديد سن البلوغ :** الأصل عند الفقهاء جميعا في تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة :

الصبى حتى يحتلم ، والنائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق » ومعنى رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب ، والأصل أن الخطاب بالبلوغ ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام ؛ لأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة ، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام .

وإذا كان البلوغ بالاحتلام فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والانزال ، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل ، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رؤى أى يحدد البلوغ بالسن ، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاما للغلام والجارية جميعا ، وحجتهم أن المؤثر فى الحقيقة هو العقل وهو الأصل فى المسئولية وبه قوام الأحكام ، وإنما جعل الاحتلام حداً للبلوغ شرعا لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل ، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة ، فإذا لم يحتلم إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة فى خلقته ، والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل ، فكان العقل دائما بلا آفة ووجب اعتبار الشخص بالغا تلزمه الأحكام .

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاما أو بتسعة عشر عاما فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه ، ولا يرتفع الحكم عنه مالم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده ، وإنما يقع اليأس بهذه المدة ؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال ، أى أنه مادام الاحتلام مرجوا وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف مابعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس عن وجوده[1] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

ويتبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة فى سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التى يغلب فيها ظهور علاماته ، أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثمانى عشرة أو التسع عشرة فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التى يتأخر إليهاظهور علامات البلوغ ، ويرى أبوحنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه فحكم الحيض مثلا لازم فى حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض ، والتفريق بين العنين وزوجته لايجوز مادام طمع الوصول إليها فى فصول السنة المختلفة ثابتا فإذا انقضت السنة وهوعلى حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق ، وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الاسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم .

٤٣٥ - **عقوبة الصبى غير المميز** : عقوبة الصبى غير المميز هى كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية ؛لأن الصبى ليس من أهل العقوبة.

ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التى يمكن توقيعها على الصبيان وتركت لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذى يتراءى له ، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية .

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبى فى كل زمان ومكان ، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ ، أو التسليم لولى الأمر أو لغيره ، أو بوضع الصبى فى إصلاحية أو فى مدرسة ، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة ، إلى غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تأديب الصبى وتهذيبه ، وإبعاده عن الوسط الذى يعيش فيه .

واعتبار العقوبة تأديبية لاجنائية يؤدى إلى عدم اعتبار الصبى بعد بلوغه عائداً بما عوقب به من قبل البلوغ ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوى ويمهد لنسيان الماضى .

٤٣٦ - القوانين الوضعية والصبيان : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم ، والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أداور مميزة عن بعضها تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا ، ففى الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا ، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى انجلترا وفى الهند . وفى إيطاليا يعتبر الحدث غير مسئول إذا قل سنه عن تسع سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى اعتبار الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة . وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم ، وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث و إما العقوبات العادية مخففة . والنهاية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنتا عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة فى انجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا . وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقفه إزاء القانون ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئولية تامة و يعاقب عليها بالعقوبات العادية ، إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم يبلغ سنهم سبع عشرة سنة ، أما من بلغ هذا السن فيعاقب بكل العقوبات العادية [1] .

---

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها .

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنتى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه وهى التوبيخ والارسال إلى الاصلاحية أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، ومن بلغ سنه اثنتى عشرة سنة وقل عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيرا بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الاصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية .

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولا مدنيا عن أفعاله كلما كان مسئولا جنائيا ولو عوقب بغير العقوبات العادية ، وكذلك هو مسئول مدنيا عن أفعاله ولو لم يكن مسئولا جنائيا إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سنا معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطأه (١) .

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الاسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرنا هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة ، كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين ، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الاصلاح والتهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة .

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠ .

الكتاب الثانى

فى

العقـــوبة

٤٣٧ - *منهج البحث* : يقتضى البحث فى العقوبة أن نتكلم على

١ — العقوبة بصفة عامة والمبادىء التى تقوم عليها .

٢ — أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ — تعدد العقوبات .

٤ — استيفاء العقوبات .

٥ — سقوط العقوبات

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الباب الأول

العقوبة — مبادىء عامة

٤٣٨ – العقوبة والغرض منها : العقوبة هى الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر ، وحمايتهم من المفاسد ، واستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصى ، وبعثهم على الطاعة ، ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيطر عليهم أو ليكون عليهم جبارا ، إنما أرسله رحمة للعالمين وذلك قوله تعالى : ﴿ لست عليهم بمسيطر ﴾ [الغاشية : ٢٢] وقوله : ﴿ وماأنت عليهم بجبار ﴾ [ق : ٤٥] وقوله ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ [الأنبياء :١٠٧] فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم ، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدى لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها ، والله الذى شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا [1]

٤٣٩ – الأصول التى تقوم عليها العقوبة : ولما كان الغرض من العقوبة هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدى العقوبة وظيفتها كما ينبغى ، والأصول المحققة للغرض من العقوبة هى :

---

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

١ — أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجانى على جنايته وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه، وفى هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات: «إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه» (١).

٢ — إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢).

٣ — إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة هى قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله (٣).

٤ — إن كل عقوبة تؤدى لصلاح الأفراد وحماية الجماعة هى عقوبة مشروعة فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٤).

٥ — إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه، وإنما استصلاحه، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء فى أنها « تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب (٥) ». والعقوبات « إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها — الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ وج ٣ ص ٥٩ ، ٢٦٠ — اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض »[١] .ويلاحظ فى التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءوالسفاهة لقول النبى عليه الصلاةوالسلام: « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم »[٢] ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس »[٣] .

٤٤٠ - **نظرية الشريعة فى العقاب** : يلاحظ أن الأصول التى تقوم عليها العقوبة فى الشريعة ترجع إلى أصلين أساسيين أو مبدأين عامين ، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية المجرم ، وبعضها يعنى بشخصية المجرم ولا يهمل محاربة الجريمة ، والأصول التى تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام ، أما الأصول التى تعنى بشخص المجرم فالغرض منها إصلاحه .

ولا جدال فى أن بين المبدأين تضارب ظاهر ؛ لأن حماية الجماعة من المجرم تقتضى إهمال شأن المجرم ، كما أن العناية بشأن المجرم تؤدى إلى إهمال حماية الجماعة.

وقد قامت نظرية العقوبة فى الشريعة على هذين المبدأين المتضاربين، ولكن الشريعة جمعت بين المبدأين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام فى كل الأحوال وبالعناية بشخص المجرم فى أكثر الأحوال ذلك أن الشريعة أخذت بمبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توفره فى كل العقوبات المقررة للجرائم، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذى يكفى لتأديب المجرم على جريمته تأديبا يمنعه من العودة إليها ويكفى لزجر غيره عن

(١) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ .

التفكير فى مثلها ، فإذا لم يكف التأديب شر المجرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المجرم وجب استئصال المجرم أو حبسه حتى الموت . أما مبدأ العناية بشخص المجرم فقد أهملته الشريعة بصفة عامة فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع ؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال ، والجرائم التى من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال،وما عدا ذلك من الجرائم ينظر فى عقوبته إلى شخصية المجرم ، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجانى وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة .

تقسيم الجرائم : ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورةأن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه ،ولتقيم الشريعة معالم واضحة للحيز الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين : ـ

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا شديدا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

١ ـ النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهى سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب (٤) السرقة . (٥) الحرابة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجانى ، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة فى جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المجرم إهمالا تاما ، فشددت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة ، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر سلطانا على العقوبة ، وعلة التشديد أن هذه الجرائم من

الخطورة بمكان وأن التساهل فيها يؤدى حتما إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم ، وهى نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ريحها ، فالتشدد فى هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام ، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة ، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة ، بل العجب أن لا تضحى مصلحة الفرد فى هذا السبيل .

ب ـ النوع الثانى : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمداً أو خطأ أو هى على وجه التحديد : ١ ـ القتل العمد ـ ٢ ـ القتل شبه العمد ـ ٣ ـ الخطأ ٤ ـ الجرح المتعمد ـ ٥ ـ الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين هما : القصاص أو الدية فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كما حرمت على ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة ، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمت العفو على ولى الأمر فإنها قد أباحته للمجنى عليه أو وليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه فى العمد سقط القصاص وحلت محله الدية إذا كان العفو الدية ، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا ، وفى جرائم الخطأ يسقط العفو الدية ، ويترتب على سقوط القصاص فى العمد والدية فى الخطأ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية ، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا فى جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم ، وأنها لا تعنى بشخصية الجانى وظروفه

إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، وقد منحت الشريعة حق العفو المجنى عليه أو وليه، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع ، بل إنها لا تمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالمجنى عليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه لم يعد ما يدعو لإهمال شأن المجرم والتشدد فى حماية الجماعة لأن أثر الجريمة الخطر يزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن المجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صفح عن الجانى أو رأى فى الدية فائدة مادية يهمه الاحتفاظ بها ، فعلة العفو هى إما الصفح أو الفائدة المادية التى تعود على المجنى عليه وأوليائه ، وكلاهما علة مشروعة تحلها الشريعة محل الاعتبار ، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد ، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضعاف حدة الخصومات ، ولا شك فى أن حق المجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحمله غيره .

القسم الثانى : الجرائم الأخرى : ويشمل هذا القسم كل الجرائم التى لا تدخل تحت القسم الأول . أو هو يشمل الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية وهى على ثلاثة أنواع : ١ ـ جرائم التعازير الأصلية أى كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية ـ ٢ـ جرائم الحدود التى لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة وهى جرائم الحدود غير التامة وجرائم الحدود التى يدرأ فيها الحد ـ ٣ ـ جرائم القصاص والدية التى يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة وهى الجرائم التى لا قصاص ولا دية فيها .

والجرائم التى تدخل تحت هذا القسم ليست فى خطورة جرائم القسم الأول ولهذا كان لها حكم مختلف ، ففى القسم الأول تقيد الشريعة القاضى بعقوبة معينة

مقدرة فليس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها ، أما فى القسم الثانى فتترك الشريعة الحرية للقاضى فى اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات ، كما تترك له تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم ، فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف المجرم لا تقتضى التخفيف عاقب المجرم بما تستحقه جريمته ، وإن رأى ظروف الجانى تقتضى التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظرفه وسيرته وأخلاقه ، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغلظ العقوبة ولم يخففها

وفى هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التى تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة ، فإذا لم تكن ظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار ، وإذا كانت ظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجانى . وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى بقدر الإمكان فى اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمى الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته فى هذا القسم، وعفوه لا يسقط العقوبة، ولكن العفو ينظر إليه باعتباره ظرفاً قضائيا مخففاً للجانى ، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجانى أو عفا عنه كان للقاضى أن يعتبر الصلح أو العفو ظرفاً مخففاً فى صالح الجانى. والعلة فى عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة ، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقى حق الجماعة ، بعكس الحال فى عقوبتى القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرهما ، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على اعتبار أن التعزير حق الجماعة ، ولهذا لا يظهر أثر العفو فى عقوبات التعازير كما يظهر فى القصاص والدية ؛ لأن عقوبة التعزير فيها حق المجنى عليه وحق الجماعة فإذا أسقط حق

المجنى عليه بقى حق الجماعة ، أما القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه وحده فإذا عفا أسقطهما العفو .

العلة فى اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت فى جرائم القسم الأول واتجهت فى اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهمالا تاماً إلا إذا عفا المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها ، وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعيها تمس كيان المجتمع مساساً شديداً ، وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع وذلك هو ما سنبينه الآن .

فالجماعات مهما اختلفت على المبادىء أو اختلفت عليها العصور تشترك فى أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها ، ولو بحثنا كل الأنظمة التى تقوم عليها الجماعات فى كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشترك فى أربعة أنظمة هى الدعائم التى يقوم عليها فعلا كل مجتمع على وجه البسيطة ، وهذه الأنظمة الأربعة هى :

(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية (٣) النظام الاجتماعى للجماعة (٤) نظام الحكم فى الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشده كل هـذا اقتضى بطبيعته أن يستأثر كل رجل بامرأة معينة ، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء ، وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة ، وصار هذا النظام أساساً تقوم عليه كل جماعة ؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد ، ولا يزال نظام الأسرة حتى فى الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والمسكن وأدوات السعى لهذه ولغيرها من المنافع دعته إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولا ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحال وجـــود نظام

الأسرة ، وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة أوجدتهما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء ، وسيظل كلاهما قائماً ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأض والسموات . وإذا كانت المبادىء الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادىء لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقا ؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ماتقتضى الطبيعة وجوده والمحافظة عليه ، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكساءه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحالت عليه الحياة .

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحريته وحقه فى حماية نفسه وأسرته وملكه ، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله وحاجته إلى التعاون مع غيره كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعى تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم . والنظام الاجتماعى للجماعة يختلف باختلاف الجماعات فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعى يقوم على مبادىء الإسلام والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعى على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يصرف شئونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعى ويوفر الأمن لها فى الداخل والخارج . ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد ففى بعض البلاد يكون الحكم جمهوريا وفى بعضها ملكيا إلى غير ذلك ، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة ضرورية لوجود الجماعة نفسها .

هذه هى الأنظمة الأربعة التى يقوم عليها كيان المجتمع ، كل مساس بها يمس

المجتمع فى أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته ، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمى هذه النظم من كل اعتداء لأن فى حمايتها بقاء الجماعة وصلاحيتها للبقاء، ولأن كل تهاون فى حياطتها وحمايتها يؤدى إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التى يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهى الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والحرابة والردة والبغى والقتل والجرح فى حالتى العمد والخطأ .

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرىء أن يشارك الآخر فى أى مرأة شاء وأن يدعى من شاء أو يتنصل ممن يشاء من الأبناء ؛ ولانتهى الأمر بغلبة الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التى تقوم عليها الجماعة .

والسرقة اعتداء على نظام الملكية الفردية ، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرىء أن يشارك غيره فى طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله ، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء ، وكان الجوع والعرى والحرمان للضعفاء، فإباحة السرقة معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعامات التى قامت عليها .

والردة اعتداء على النظام الاجتماعى للجماعة؛ لأن النظام الاجتماعى لكل جماعة إسلامية هو الإسلام ، ولأن الردة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه والتشكيك فى صحته ، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعى موضع التشكيك والطعن ؛ لأن ذلك قد يؤدى فى النهاية إلى هدم هذا النظام .

والبغى اعتداء على نظام الحكم فى الجماعة ؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكام ومعصيتهم ، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدى إلى إشاعة الخلاف والاضطراب فى صفوف الجماعة ،

ويقسمها شيعا وأحزابا تتقاتل وتتناجر فى سبيل الحكم ، كما يؤدى إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة وهى من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعى ونظام الحكم فى الجماعة ؛ لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم والنظام الاجتماعى يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم ، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعى وتوفير الأمن للجماعة ، فالتساهل فى محاربة هذه الجرائم يؤدى إلى تحكم الأقوياء فى الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وانصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . وهذا يؤدى بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها . وقد حرصت الشريعة على أن لا تصل الجماعة لهذه الحالة فقررت عقوبة القصاص فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وهى عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة و بث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة فى نفوسهم .

وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة ؛ لأن القذف فى الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض ، ولأن القذف الماس بالأعراض هو تشكيك فى صحة نظام الأسرة . فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه و بالتالى لغير أسرته ، و إذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها ؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدى إلى فقدان الشعور ، و إذا فقد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل و يذهب العقل ، والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا ، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

وجريمة الحرابة إن اقتصرت على السرقة فهى اعتداء على نظام الملكية

الفردية ، و إن صحبها القتل فهى أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة، و إن اقتصرت على ترويع المجنى عليهم فهى اعتداء على أمن الجماعة ، والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعى وعلى نظام الحكم؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم ؛ لأن ذلك ضرورى لبقاء الجماعة ، فإذا لم تكن هذه الجماعة فمعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها ؛لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة وهو حماية أفرادها منعدم ، ولا يحمى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هى الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت فى تقدير العقوبة شخصية الجانى إبقاء على الجماعة وحماية لها ،وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقى الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد ، إذ الواقع أن كل جريمة أيا كانت تمس الجماعة ،ولكننا نستطيع أن نقول:إنه ليس فى الجرائم كلها ما يمس الأسس التى يقوم عليها المجتمع مساسا مباشرا مثل الجرائم التى احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات ، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التى تقوم عليها الجماعة،وإن مست هذه الأسس فإنها لا تمسها مساسا مباشرا وخطيرا، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجانى فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التى يقوم عليها ، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية و بقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار فى النوعين .

علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية :
تعتبر الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بكيان المجتمع وبالأسس التى يقوم عليها و بالرغم من هذه التسوية فقد أبيح للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو فى جرائم

الحدود ، وعلة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد ، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة فالسرقة والحرابة والقذف والشرب والردة والبغى هى فى ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أمنها ونظامها أكثر مما هى تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم ، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ما سرق منه بقدر ما يهدده هذا العمل ويخيفه على بقية ماله و بقدر ما يخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد أموالهم بخطر السرقة ، ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعه أشد من ضررها على الأفراد ، أما جرائم القتل والجرح فهى تصيب الافراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتعتبر إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لا يقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه إنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتد على غيره ، ولهذا لا يهز الاعتداء الجماعة إذا وقع لا يؤثر على أمنها تأثيرا شديداً ، أما السارق مثلا فإنه يطلب المال أنى وجده فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر ؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد ، وكذلك الزانى فإنه لا يطلب امرأة بعينها إنما يطلب المرأة أيا كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها .

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة ترك للمجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية فى حالة العمد ، وجعلت الدية من حق المجنى عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة ، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معـا .

٤٤١ - **نظرية العقاب فى القوانين الوضعية** : كانت القوانين الوضعية حتى أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفا وقسوة ، وكان

أساس العقوبات المبالغة فى الإرهاب والانتقام والتشهير ، وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة محماة فى النار ولبس أطواق من الحديد والنفى والجلد والحبس ، ولم تكن العقوبات فى الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التى قررت لها ، فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التى ذكرناها وفظاعة بعضها كانت عقوبة الإعدام جزاء لكثير من الجرائم البسيطة ، فمثلا كان القانون الانجليزى حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتى جريمة بعقوبة الإعدام ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما أى ما يقابل خمسة قروش تقريبا فى العملة المصرية ، وكان القانون الفرنسى يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان الحى أهلا للمسئولية والعقاب فكذلك كان الأموات بل كذلك كان الحيوان والجماد ؛ فكان القانون يجيز محاكمة الإنسان حيا ويجيز محاكمته ميتا ويجيز محاكمة الحيوان والجماد، ويجيز توقيع العقوبة على الإنسان الحى الذى يحس ويتألم ويفكر ويعقل كما يجيز توقيع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل ، بل كان يجيز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذى لا يستطيع التفكير فى جريمته والدفاع عن نفسه ، ويجيز توقيعها على الجماد الذى لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالمحاكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذى تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره ، وفكرة الإنتقام والارهاب هى التى سوغت تقرير العقوبات القاسية ، وهى التى سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه، بل هى التى سوغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد ، فالميت والجماد لن يشعر أحدهما بالمحاكمة ولن يحس بالعقوبة ، والحيوان لا يشعر بالمحاكمة أو لا يفقه معناها وقد يحس بالعقوبة

و يتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل الذى حوكم من أجله ؛ لأنه لا يعقل شيئا من المحاكمة ولا يفهم سبب العقوبة ، ولكن محاكمة الأموات والجمادات والحيوانات و إنزال العقوبات بالجميع تؤدى إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

وفى القرن الثامن عشر بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر ، فأخذ «روسو» يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى ويرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره ، وبرر «بكاريا» العقوبة بأنها حق الدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره ، وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء «بنتام» فبرر العقوبة بمنفعتها للجماعة حيث تقوم بحمايتها واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره، ثم ظهر رأى «كانت» وهو يبرر العقوبة بالعدالة، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة فرأى أن لا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع ، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلا يحسن السكوت عليه .

وظهرت بعد ذلك النظرية العلمية أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالا تاماً والنظر إلى شخصية المجرم ، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته ، فالمجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعاداً مؤبداً عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام، ولو كانت جريمته بسيطة ، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمكنت منه العادة ، والمجرم الذى تجعل منه المصادفات والظروف مجرماً يعاقب

عقاباً هينا ليناً ولو كانت جريمته خطيرة ، والمجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تفلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضاً ؛ لأنها تنظر إلى المجرم وتهمل الجريمة ، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود ، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت ؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم ، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالمجرم وتهمل الجريمة ، فرأوا أن يدمجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات ويقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر ، وفكرة شخصية المجرم ، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة؛لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال ، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائماً فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق ، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء .

ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للاصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع وإرهاب من تحدثه نفسه بارتكاب الجرائم ، وقد أيد الاتحاد الدولى لقانون

العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوربية ومنها ألمانيا .

وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون المجرم ، وإما على النظر إلى المجرم دون الجريمة ، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .

هذه هي النظريات المختلفة عن العقوبة في عالم القوانين الوضعية ، وظاهر من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض بعضها بعضاً ، وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة في كل القوانين الوضعية فاتخذت كل دولة لنفسها اتجاهاً خاصاً بحسب ما تراه متفقا مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذي دعا اتحاد القانون الدولي لقانون العقوبات — الذي حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات — لأن يقرر وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب ، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائي هو الذي يؤدي عملا إلى نتائج أكيدة في كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات المختلفة بقدر الإمكان ، وأن يتغلبوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية بحتة ، ويمكننا أن نتخذ القانون المصري مثالا في هذا الباب لغيره من القوانين الوضعية الحديثة كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التي أخذ بها القانون المصري فيما يلي :

أولا ـ أخذ القانون الجنائي المصري بالمبدأ القائل بأن الغرض من العقوبة حماية الجماعة ، وجعل هذا المبدأ أصلا وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم بحيث تكفي العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير في مثلها .

ثانياً ـ وأخذ القانون الجنائي المصري بالنظرية العلمية إلى حد ما ، فلم ينس شخصية المجرم في كل الجرائم تقريباً ، فجعل لكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخرى ، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما ، وأباح

للقضاة فى جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى ، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة ، ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة لكنه لم يلزم القضاة إلزاماً بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها . بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها .

ثالثاً ـ بعد أن أخذ المشرع المصرى بالمبدأين السابقين رأى أخيراً أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم فى كل الجرائم وعلى الأخص فى الجرائم الهامة ، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين فى بعض الجرائم كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد أخذ بهذا المبدأ فى قانون المخدرات الصادر فى سنة ١٩٢٨ وقانون الغش الصادر فى ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر فى سنة ١٩٤٩ وكان المنطق يقضى بعد أن أخذ المشرع المصرى بهذا المبدأ الأخير أن يعيد النظر فى قانون العقوبات على هدى هذا المبدأ ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية المجرم فى جرائم هى أخطر على الجماعة من جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة ، ولكنه لم يفعل فأدى هذا الاضطراب المنطقى إلى نتيجة تبعث على الرثاء ، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ فى جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ فى جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقذف ، ولاشك أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من الغش وإحراز المخدرات والأسلحة .

هذا هو القانون الوضعى نظراً وعملا فيما يتصل بالعقوبة ، يرى أن تتمثل فى العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام ، ويرى أن لا تهمل فى تقدير العقوبة شخصية المجرم ، ويرى فى بعض التشريعات الحديثة إهمال

شخصية المجرم فى بعض الجرائم ، والقانون واضح ومنطقى فيما يتعلق بالمبدأ الأول ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الأخيرين حيث لم يصل بعد إلى تحديد المدى الذى يعمل فيه كل من المبدأين .

٤٤٢ - بين الشريعة والقانون : يستطيع القارىء بعد استعراض نظرية العقوبة فى الشريعة ونظرياتها المختلفة فى القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التى ظهرت ابتداء من القرن الثامن عشر ، فالعقوبات فى الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام ، والعقوبات فى الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة كما لا يصح أن تقل عن هذه الحاجة فهى من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معاً وهذا هو ما رآه روسو ، وبكاريا ، وبنتام ، وكانت ، مجتمعين ،والعقوبة فى الشريعة يقصد منها استصلاح الجانى والرحمة به والإحسان إليه فينبغى أن لا يهمل شأن المتهم فى تقدير العقوبة وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التى سادت فى القوانين الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن ، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن العيوب التى شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التى وجهت إليها .

ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة فى الشريعة الإسلامية نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها ، وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير فى أثر الشريعة ويترسم خطاها وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة ، وأن النتائج التى وصل إليها القانون والاتجاهات التى يتجه نحوها تدل على أن تطوره فى المستقبل القريب أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذى رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لا خلاف بين الشريعة والقوانين على المبادىء والأصول

التى تقوم عليها العقوبة ، وإنما الخلاف على الكيفية التى تطبق بها هذه المبادىء والحدود التى تطبق فيها ، فقد طبقت الشريعة كل المبادىء التى تعترف بها القوانين الوضعية ولكنها لم تجمع بينها فى كل العقوبات ولم تسو بينها فى كل الجرائم ، بل جعلت لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره ، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر ، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لاعيب فيها ولا مأخذ عليها . أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادىء والتسوية بينها فى كل الجرائم والعقوبات كما حاول ذلك شراح القوانين الوضعية ، وكانت النتيجة أن أخفق واضعوا القانون فى إيجاد حلول عملية مقبولة كما أخفق الشراح فى إيجاد نظرية علمية سليمة ، وفى اليوم الذى تطبق فيه القوانين الوضعية المبادىء التى تقوم عليها العقوبة تطبيقا سليما متفقا مع مصلحة الجماعة والأفراد ، وملائما لطبائع الأشياء ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وستهمل شخصية المجرم فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق .

ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعى كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانونا وحشيا بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير ، كان القانون الوضعى هكذا حتى أخذ فى القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادىء الشريعة الإسلامية فانقلب قانوناً إنسانياً بحتاً ؛ إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات ؛ لأن التأديب لا ينفع فيهم فلا يجوز إذن عليهم ، وهذا المبدأ الأول الذى لم يعرفه القانون إلا فى القرن الثامن عشر عرفته الشريعة مع غيره من المبادىء من القرن السابع الميلادى ، ولذلك تركزت المسئولية الجنائية من يوم نزول الشريعة فى الإنسان الحى ، ولم

يجعل غيره أهلا لها ، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة الأموات والحيوان والجماد ، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتمثيل ، بل عرف عنها أنها تأباه أشد الإباء فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها لإنسان . ويكفى الشريعة الإسلامية فخرا بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرنا وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسبق تفكيره بمراحل .

٤٤٣ - شروط العقوبة : يشترط فى كل عقوبة أن تتوفر فيها الشروط الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولا : أن تكون العقوبة شرعية : وتعتبر العقوبة شرعية إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة ، ويشترط فى العقوبات التى يقررها أولو الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترتب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضى أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تمنح القاضى سلطة تحكمية فى العقاب وهو ظن لا يتفق مع الواقع ، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة ، فالعقوبات فى الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير ، فأما الحدود والقصاص فهى عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها ، فالسرقة مثلا عقوبتها القطع وليس للقاضى إذا أثبتت الجريمة على الجانى أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الابن ، والزنا من غير محصن عقوبته الجلد مائة جلدة فإذا ثبت الزنا

حكم القاضى بالجلد مائة جلدة وليس له أن ينقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل ، فإذا ثبتت الجريمة على الجانى كان على القاضى أن يحكم بالقصاص وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص ، فسلطة القاضى فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكمية ، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأتفه العقوبات كالتوبيخ وتنتهى بأشدها كالحبس حتى الموت والقتل ، وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم ، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ، ولا شك أن إعطاء القاضى هذا السلطان المشروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها ، وأن يعاقب الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه . وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكمية لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية ، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته ، ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى فى الشريعة سلطة تحكمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاة هذا السلطان[1] .

ثانيا ـ أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره ، وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم

---

(١) راجع الفقرة ٩٧ وما بعدها .

عليها الشريعة الإسلامية وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على المسئولية[1] .

ثالثاً ـ أن تكون العقوبة عامة : ويشترط فى العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقير والمتعلم والجاهل .

والمساواة التامة فى العقوبة لاتوجد إلا إذا كانت العقوبة حداً أو قصاصاً ؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره فى نوع العقوبة وقدرها .

أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة فى نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً ، وإنما المطلوب هو المساواة فى أثر العقوبة على الجانى ، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب ، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس ، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركون فى جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفى كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

---

(١) راجع الفقرتين ٢٨١ ، ٤٧٢ .

الباب الثانى

أقسام العقــوبة

٤٤٤ — تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام :

(١) العقوبات الأصلية : وهى العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية : وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى ، ومثالها الدية إذا درىء القصاص ، والتعزير إذا درىء الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هى عقوبات أصلية قبل أن تــكون بدلية ، و إنما تعتبر بدلا لمــا هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد ، فالدية عقوبة أصلية فى القتل شبه العمد ولــكنها تعتبر عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص ، والتعزير عقوبة أصلية فى جرائم التعازير ولــكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى .

(٣) العقوبات التبعية : هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحــكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية ، ومثلها حرمان القاتل من الميراث ، فالحرمان يترتب على الحــكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان . ومثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة ، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنمــا يكفى لانعــدام الأهلية صدور الحــكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية ، هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التــكميلية .

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية فى أن كليهما مترتبة على حكم أصلى ، ولكنهما يختلفان فى أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها أما العقوبة التكميلية فتستوجب صدور حكم بها ، ومثل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق فى رقبته بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

٤٤٥ - وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضى فى تقديرها إلى :

١ - عقوبات ذات حد واحد وهى التى لا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان كالتوبيخ والنصح وكالجلد المقرر حداً .

٢ - عقوبات ذات حدين وهى التى لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضى أن يختار من بينهما القدر الذى يراه ملائماً كالحبس والجلد فى التعازير .

٤٤٦ - وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

١ - عقوبات مقدرة : وهى العقوبات التى عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضى أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة ؛ لأن ولى الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها .

٢ - عقوبات غير مقدرة : وهى العقوبات التى يترك للقاضى اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقديرها كمها بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم ، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات المخيرة ؛ لأن للقاضى أن يختار من بينها .

٤٤٧ - وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

١ - عقوبات بدنية : وهى العقوبات التى تقع على جسم الإنسان ، كالقتل والجلد والحبس .

٢ - عقوبات نفسية : وهى العقوبات التى تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ ـ عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة .

٤٤٨ ـ وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى : ـ

١ ـ عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة على جرائم الحدود .

٢ ـ عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية .

٣ ـ عقوبات الكفارات : وهى عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية و بعض جرائم التعازير .

٤ ـ عقوبات التعازير : وهى العقوبات المقررة لجرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية ونخصص الثانى لبيان العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

٤٤٩ ـ **الحدود** : هى العقوبات المقررة لجرائم الحدود وهى كما ذكرنا من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب . (٤) السرقة . (٥) الحرابة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حدا .

والحد هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة

الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وهم يعتبرون العقوبة حقا لله كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتمتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

ا - إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجانى وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجانى موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة .

ب - إن هذه العقوبات تعتبر ذات حد واحد وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين ؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة ، ولأنها عقوبات لازمة ، فلا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .

حـ - أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة ، أى أن هذه العقوبات وضعت على أساس متين من علم النفس .

المبحث الأول

فى عقوبات الزنا

٤٥٠ - عقاب الزانى : للزنا فى الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هى : (١) الجلد (٢) التغريب (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معاً هما عقوبة الزانى غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزانى المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلدا وغربا ، وإن كانا محصنين رجما ، وإن كان أحدهما محصنا والثانى غير محصن رجم الأول وجلد الثانى وغرب.

٤٥١ - عقوبة الجلد: تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد، وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين ؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرتها فجعلتها مائة جلدة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلْدة، ولاتأخذكم بهما رأفة فى دين الله ، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [سورة النور : ٢] .

وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة ، وهذا هو الذى يهدينا إليه التأمل والتفكير فى الجريمة وعقوبتها .

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاء اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها ، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق مس العذاب ، وأى شىء يحقق الألم ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة ؟ .

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطا ، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته ، والشريعة حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا ، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب الزانى جريمته مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله على عدم التفكير فيها .

الجلد فى القوانين الوضعية : ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧ ، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث ، ثم ألغاها المشروع المصرى مقلداً فى ذلك معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة .

وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد

ويسعون فى وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ . وقد اقترح فعلا فى فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدى الشديد التى تقع على الأشخاص ، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا مخيفا ، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات ، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذى قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة،وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد .

ويعارض بعض شراح القوانين فى تقرير عقوبة الجلد لسببين: أولهما النفور من الألم البدنى . وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان،ولكن أصحاب الرأى المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجانى المادية ، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك فى إرهابهم ، أما إنقاص الاحترام الإنسانى ففكرة لا محل لها فى العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداثاً أم بالغين ،ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد لجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشى وعلى العموم لكل الجرائم التى تدل على القسوة وعدم المبالاة ، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات فى تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة ، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية فى القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين

ويعارض «جارو» فى عقوبة الجلد لا لأنها عقوبة غير صالحة، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة ، ولأنه يخشى أن يؤدى الرجوع إلى الجلد إلى تبارى المشرعين فى تقرير العقوبات القاسية [١]

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها فى قوانين بعض الدول ، ففى انجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية فى القانون الجنائى ، وفى الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد ، وفى قانونى الجيش والبوليس فى مصر وانجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال فى كثير من الدول .

وفى أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين فى جرائم التموين والتسعير وغيرها ، وإن فى اضطرار أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة ، واعتراف من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تعجز عن حمل الناس على طاعة القانون .

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد فى القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجند وحملهم على طاعة القانون ، ولكن المدنيين فى أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين ، وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين ، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يمدون الجيش بالجنود . وأى عيب فى أن يدين أفراد الأمة جميعا بالخضوع للنظام و بالطاعة للشرائع ؟

هذه هى عقوبة الجلد وهذا هو رأى العلماء والدول فيها ، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطىء وإنه هو وحده المصيب ، بل ليقل ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا فى القوانين الوضعية : وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس وهو عقوبة لا تؤلم الزانى إيلاما يحمله على هجر اللذة التى يتوقعها من

وراء الجريمة ، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد والفاحشة ، وأكثر الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التى لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة فى النفس قبل أن تحاربها فى الحس ، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذى لا ينفعها غيره ، أما العقوبة التى قررها القانون فإنها لا تمس دواعى الجريمة فى نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأية جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال لجريمة الزنا .

٤٥٢ - عقوبة التغريب : وتعاقب الشريعة الزانى غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده ، والمصدر التشريعى لهذه العقوبة حديث النبى صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور وإذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لا حد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام[١] ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة[٢] ، والشافعى وأحمد[٣] يريان فى التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن[٤] .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزانى من بلده الذى زنا فيه إلى بلد

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغنى ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٤
(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ، ويجعل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء . أما الشافعى فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

آخر داخل حدود دار الإسلام على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزانى فى البلدة التى يغرب إليها[١] ، و يرى الشافعى أن يراقب فى البلدة التى يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلدته فيحبس[٢] ، ويرى أحمد أن لا يحبس المغرب[٣] .

والتغريب يعتبر عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة الجلد وله فى نظرنا علتان :

الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن ، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة ، أما بقاؤه بين ظهرانى الجماعة فإنه يحيى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يجنبه مضايقات كثيرة لابد أن يلقاها إذا لم يبعد ، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير ، فالإبعاد يهىء للجانى أن يحيا من جديد حياة كريمة .

وظاهر مما سبق أن التغريب وإن كان عقوبة إلا إنه شرع لمصلحة الجانى أولا ولصالح الجماعة ثانيا ، والمشاهد حتى فى عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التى تصيبهم فى هذا المكان .

٤٥٣ - عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة ، ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة . ولم يرد فى القرآن شىء عن الرجم ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما فى العقوبة ، وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٣٦ .

الرجم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها ، ومن الأحاديث المشهورة فى هذا الباب « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف فالرجم سنة فعلية وسنة قولية فى وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة الجلد للزانى غير المحصن ، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان ؛ لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير فى الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة ، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر فى هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير فى الألم الذى يصيبه من العقوبة على التفكير فى اللذة التى يصيبها من الجريمة .

ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزانى المحصن وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو إبنته تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لما تأخر عن ذلك ، والشريعة الإسلامية قد سارت فى هذه المسألة كما سارت فى كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها ، فالزانى المحصن هو قبل كل شىء مثل سىء لغيره من الرجال والنساء المحصنين وليس للمثل السىء فى الشريعة حق البقاء ، والشريعة بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وهى توجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيره فى الزواج

الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار ، وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع ، أن تنقطع المعاذير التى تدعو إلى تخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

ولو أن هؤلاء الذين يجزعون من القتل الزانى رجعوا إلى الواقع لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزانى المحصن لم تأت بشيء يخالف مألوف الناس ، فنحن الآن تحت حكم القانون . وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانين محصناً ، فإذا لم يكن أحدهما محصناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه ، هـذا هو حـكم القانون فهل رضى الناس حكم القانون ؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين ، فهم يقتصون من الزانى محصناً وغير محصن بالقتل وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب ، فهم يغرقون الزانى ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشنع تمثيل وأقلهم جرأة على القتل يكتفى بالسم يدسه لمن أوجب عليه الموت زناه ، ولو أحصينا جرائم القتل التى تقع بسبب الزنا لبلغت نصف جرائم القتل جميعاً ، فإذا كان هذا هو الواقع فما الذى نخشاه من عقوبة الرجم ؟ إن الأخذ بهـا لن يكون إلا اعترافاً بالواقع . والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة ، ولا أظننا بالرغم ممـا وصلنا إليه من تدهور نـكره الإقرار بالحق

أو تخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

ويخشى البعض أن يكون فى عقوبة الرجم شىء من القسوة ، ولمثل هؤلاء نقول: إن الرجم هو القتل لا غير ، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم ، ولا فرق بين من يقتل شنقاً أو ضرباً بالفأس أو تسميما بالغاز أو صعقاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رمياً بالرصاص ، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هى التى فيها الاختلاف ، ولا فرق فى النتيجة بين الرمى بالحجارة والرمى بالرصاص ، ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص فى كل حال ويبطىء عن المرجوم بالحجارة فى كل الأحوال فهو فى ظنه على خطأ مبين ؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلا من القتيل فيتأخر موته ؛ ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص ، فرماة الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رماة الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزانى حتى يموت ، ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئات يقذفون شخصاً فى مقاتله بالأحجار استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيل الرصاص.

ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لا يزهق الروح فى بعض الأحوال وأنه لا يزهقها بالسرعة اللازمة فى كثير من الأحوال ، كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفى لقطع الرقبة وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت ، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء يبطىء بالموت أحياناً أكثر مما يبطىء به الشنق أو الرصاص .

وأخيراً فإن التفكير فى هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب ، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أتفه العقوبات ، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب فهم لا يخافون الموت فى ذاته وإنما يخافون العذاب الذى يصحب الموت ، وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تظل محفوظه

للزجر والتخويف ، وليس من مصلحة المجتمع فى شىء أن يفهم أفراده أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف ، وقد بلغت آية الزنا الغاية فى إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ﴾ وحيث جاء بها : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك أن الرأفة بالمجرمين تشجع على الإجرام ، والعذاب الذى يصحب العقوبة هو الذى يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ - **تعليق على عقوبات الزنا** : هذه هى عقوبات الزنا فى الشريعة الإسلامية لم تجىء ارتجالا ولم توضع اعتباطاً وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته ، وتقدير دقيق لغرائزه وميوله وعواطفه ، ووضعت لتحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، فهى عقوبات علمية تشريعية ، هى عقوبات علمية ؛ لأنها وضعت على أساس العلم بالنفس البشرية ، وهى عقوبات تشريعية ؛ لأنها شرعت لمحاربة الجريمة ، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التى وضعتها الشريعة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا تكاد هذه الميزة توجد فى عقوبة من العقوبات التى تطبقها القوانين الوضعية .

ولا ريب فى أن العقوبة التى تقوم على فهم نفسية المجرم هى العقوبة التى يكتب لها النجاح ؛ لأنها تحارب الإجرام فى نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة ثم هى بعد ذلك أعدل العقوبات ؛ لأنها لا تظلم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا يطيق فى سبيل الجماعة ، وكيف تظلمه وقد بنيت على أساس قدرته واشتقت من طبيعته ونفسيته ؟ وهى عادلة أيضاً بالنسبة للجماعة ؛ لأن عدالتها بالنسبة للأفراد هى عدالة لمجموعهم ، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحى به فى سبيل الأفراد والعقوبة التى تحابى الأفراد على حساب الجماعة إنما تضيع مصلحة الفرد والجماعة معاً ؛ لأنها تؤدى إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين النظام وانحلال المجتمع ، وإذا دب الانحلال فى مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التى جاءت بها الشريعة أثرها فى محاربة الجريمة فى كل زمان ومكان ،ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوى فى أى بلد يأخذ بأحكام الشريعة ، ونستطيع أن نلمسه فى الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك و بين ما نحن عليه الآن ، ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة ولكن أثرها القوى كان لا يزال باقياً متمثلا فى أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدنا ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام .

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً فى الفرق بين الشرق الإسلامى عامة و بين بلاد الغرب بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق ، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا و يستفظعها ويحقر مرتكبيها و يستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها ،بينما الغرب لايحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم ، والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون ، كل قد ترك طابعه فى الجماعة التى حكمها طويلا ، فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاً فاسداً منحلا تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات .

المبحث الثانى

فى عقوبة القذف

٤٥٥ ـ الجلد وعدم الأهلية للشهادة : للقذف فى الشريعة عقوبتان : إحداهما : أصلية وهى الجلد ، والثانية : تبعية وهى عدم قبول شهادة القاذف .

وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد ؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .

والأصل فى عقوبتى القذف قول الله جل شأنه : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا، وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور : ٤] .

ولاتعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذبا واختلاقا، فإن كان تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التى تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة منها: الحسد والمنافسة والانتقام ، ولكنها جميعا تنتهى إلى غرض واحد يرمى إليه كل قاذف هو إيلام المقذوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف فى الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض ، فالقاذف يرمى إلى إيلام المقذوف إيلاما نفسيا فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلاما بدنيا ؛ لأن الإيلام البدنى هو الذى يقابل الإيلام النفسى ؛ ولأنه أشد منه وقعا على النفس والحس معا إذ أن الإيلام النفسى هو بعض ما ينطوى عليه الإيلام البدنى .والقاذف يرمى من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا التحقير فردى،لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التى تصيبه فتسقط عدالته ولاتقبل له شهادة أبداً ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التى تستطيع وحدها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة وصرف الإنسان عن الجريمة ، فإذا فكر شخص أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقر شخصه ذكر العقوبة التى تؤلم النفس والبدن ، وذكر التحقير الذى تفرضه عليه الجماعة فصرفه ذلك عن الجريمة ، وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ، فارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائيا عن العودة لارتكاب الجريمة بل ما يصرفه نهائيا عن التفكير فيها .

عقوبة القذف فى القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالغرامة أو بهما معاً ، وهى عقوبات غير رادعة ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة ، وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء ، كل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق أو بالباطل ، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلو له الجو ينطلق فيه ، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سيتركون أسوأ مثل يحتذى لمن بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلا من القانون لما جرؤ أحدهم على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة ؛ لأنها تؤدى به إلى الجلد وتنتهى بإبعاده عن الحياة العامة ، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهى ، ذلك أن من كذب سقطت شهادته ، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته ، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته ؛ ولأن الأمر والنهى من حق المتقين ولا يكون أبداً للفاسقين .

وما تشكو منه مصر وتتألم له تشكو منه كل البلاد الديموقراطية ، ويرى بعض المفكرين فى هذا عارضاً محتملا تقتضيه حياة الشورى ؛ لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج ، ويراه البعض شراً مستطيراً ومرضاً خطيراً من أمراض الديموقراطية لا ينقضى إلا بالقضاء عليها ، وأصحاب الرأيين على خطأ فيما ذهبوا إليه ؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها ، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشىء عن انعدام العقوبة الرادعة التى تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب ، ولقد كان يسير على هذه الفكرة فى روحانيته القديمة الباقية ، وهو يسير عليها الآن فى ماديته الحديثة

العاتية ، فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبغى عرض الدنيا وإنما يبغى ثواب الآخرة ، وكان يبتعد عن الظلم ؛ لأنه يخشى اليوم الآخر ،أما حكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير و يبتعدون عن الظلم ؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم . وكان العالم الورع قديماً يكتب ما يكتب لوجه الله طمعاً فيما عنده و يدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه ، أما العالم المطلع اليوم فيكتب ما يكتب لتروج كتاباته لدى الجماهير ؛ و يدع ما يدع خوفاً من إعراض الجماهير وما يتبع الإعراض من الكساد والبوار . وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدى ما عليه من حق لرب العمل إرضاء لله ولا يقصر فى عمله خشية غضب الله ، أما العامل اليوم فإنما يجد فى عمله انتظاراً للمكافأة العاجلة من رب العمل أو طلباً لزيادة الأجر ، و يبتعد عن التقصير؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل .

هذه هى طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم ، وهى طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب و يحرصون على الوصول إليه ، و يخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم ، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر فى سياستهم وتوجيههم ، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما فى خلائقهم الأصيلة من رجاء وخوف ، ومن قوة وضعف ، فجاءت أحكاماً صالحة لكل مكان وزمان؛ لأن طبائع البشر واحدة فى كل مكان ؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان ،ذلك هو السر فى صلاحية الشريعة للقديم والحديث ، وهو السر فى صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

المبحث الثالث

فى عقوبة الشرب

٤٥٧ ـ عقوبة الجلد : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة

وهى عقوبة ذات حد واحد ؛ لأن القاضى لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعى أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة وحجته أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب فى الخمر أكثر من أربعين ، أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعى وإنما هى تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعى هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه » أما تحريم الخمر فمصدره القرآن ، والرأى الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بثمانين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب حيث استشار أصحاب الرسول فى حد شارب الخمر ، فأفتى على بن أبى طالب بأن يحد ثمانين جلدة ؛ لأنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفترى أى القاذف ثمانون جلدة ، ووافق أصحاب الرسول على هذا الرأى ، وإذن فتحريم الخمر مصدره القرآن ، والعقاب مصدره السنة ، ومقدار الحد مصدره الإجماع .

والدافع الذى يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته فى أن ينسى آلامه النفسية ، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التى تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن ، وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذى هرب منه وتجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر ، قد وضعتها على أساس متين من علم النفس ، وحاربت الدوافع النفسية التى تدعو للجريمة بالدوافع النفسية المضادة التى تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتى لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها ، فإذا ما فكر الشخص فى شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع

الخمر العقوبة التى ترده إلى آلام النفس والبدن ، وإذا ما فكر فى شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة ، وفى هذا ما يصرف الشخص غالباً عن ارتكاب الجريمة، فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يغلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا مافكر فى الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ - الخمر طبيا واجتماعيا : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية فى عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها وأن أضرارها لا تحصى ، فهى تفسد العقل ، وتفسد الصحة ، وتؤدى إلى العقم أحياناً ،وإلى ضعف النسل غالباً ، كما تؤدى إلى ضياع المال ، وضياع الكرامة ، فكان المعقول بعد هذا أن تأتى دولة كمصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذى يجعل دين الدولة الرسمى الإسلام ، وإلى الإسلام الذى يحرم الخمر ويعاقب على شربها ، وإلى النتائج السيئة التى تنتج عن شرب الخمر ، ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعى الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها ، وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر وتواجد فى محل عام فالعقاب فى هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على التواجد فى محل عام بحالة سكر بين ، ولم يتشدد القانون فى عقاب هذه الحالة الوحيدة فجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الغرامة التى لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذى لايتجاوز أسبوعاً[1] . والعيب فى هذا ليس على واضع القانون فهو رجل أوروبى غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسى ، ولكن العيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه وهو باطل بطلاناً مطلقاً فى كل ما يخالف الشريعة الإسلامية، والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرقى الإسلامى مقاطعة

---

(١) المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات المصرى .

فرنسية ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها من ثلاثة عشر قرناً ، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة ، حتى جاء العالم فى القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق فى موقفه من الخمر وبأن غيره كان يعمه فى الضلال ، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام ، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال، وها هو العالم غير الإسلامى لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر ولهذه الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات،ولقد كان أثر دعايةهذه الجماعات قوياً فى الولايات المتحدة بأمريكا وفى الهند وكان الرأى العام أسرع استجابة فى هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريماً تاماً . وفى كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريماً جزئياً فمنع تناولها أو تقديمها فى أوقات معينة ، ولـكن الـكثير من القوانين التى حرمت الخمر لم تنجح فى محاربة الخمر ؛ لأن العقوبات التى فرضتها لم تـكن عقوبات رادعة .

وإذا كان الناس جميعاً قد آمنوا بأحقية الإسلام فى تحريم الخمر فقد بقى عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التى فرضها الإسلام على شارب الخمر ، ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التى تسن لتحريم الخمر وتؤدى مهمتها خير أداء .

المبحث الرابع

فى عقوبة السرقة

٤٦٠ - عقوبة القطع : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾[المائدة:٣٨].

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل ، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى ، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى ، وتقطع اليد من مفصل الكف ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب وكان على رضى الله عنه يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك ليدع للسارق عقبا يمشى عليه[1] .

وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السارق حينما يفكر فى السرقة إنما يفكر فى أن يزيد كسبه بكسب غيره ، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينميه من طريق الحرام ، وهو لا يكتفى بثمرة عمله فيطمع فى ثمرة عمل غيره ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور أو ليرتاح من عناء الكد والعمل أو ليأمن على مستقبله ، فالدافع الذى يدفع إلى السرقة ويرجع إلى هذه الاعتبارات وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء ، وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع ؛ لأن قطع اليد أو الرجل يؤدى إلى نقص الكسب إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيا كان ، ونقص الكسب يؤدى إلى نقص الثراء ، وهذا يؤدى إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل .

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية وارتكب الإنسان الجريمة مرة كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية ، وإنه لعمرى خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن ، وإنه السر فى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما ، وهو

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ وما بعدها .

السر الذى جعلها تنجح نجاحا باهرا فى الحجاز فى عصرنا هذا فتحوله من بلد كله فساد واضطراب ونهب وسرقات إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان . لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيراً أسوأ بلاد العالم أمنا ، فكان المسافر إليه أو المقيم فيه لا يأمن على نفسه وماله وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار بالرغم مما له من قوة وما معه من عدة ، وكان معظم السكان لصوصا وقطاعا للطرق ، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خير بلاد العالم كله أمنا ، يأمن فيه المسافر والمقيم ، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجد من يسرقها أو يزيلها من مكانها على الطريق حتى يأتى الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ – **عقوبة السرقة فى القانون** : وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة وهى عقوبة قد أخفقت فى محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص ، والعلة فى هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق فى نفس السارق العوامل النفسية التى تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس ، وما حاجته إلى الكسب فى المحبس وهو موفر الطلبات مكفى الحاجات ؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمى ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء ، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ويتعاونوا معه ، فإن وصل فى الخاتمة إلى ما يبغى فذلك هو الذى أراد ، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئاً ولم تفته منفعة ذات بال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصا كبيرا ، ففرصة زيادة الكسب مقطوع بضياعها على كل حال ، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح فى أغلب الأحوال ، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحملهم على الثقة به والتعاون معه

رجل يحمل أثر الجريمة فى جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه ، فالخاتمة التى لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع وجانب الربح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس ، وفى طبيعة الناس كلهم لا السارق وحده أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المنفعة وأن لا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

٤٦٣ - *اعتراضات مردودة* : وأعجب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية فى عصرنا الحاضر ، كأن الإنسانية والمدنية أن نقابل السارق بالمكافأة على جريمته ، وأن نشجعه على السير فى غوايته ، وأن نعيش فى خوف واضطراب ، وأن نكد ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون واللصوص .

ثم أعجب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ماوصلت إليه الإنسانية والمدنية ، كأن الإنسانية والمدنية أن ننكر العلم الحديث والمنطق الدقيق ، وأن ننسى طبائع البشر ، ونتجاهل تجارب الأمم ، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التى وصل إليها تفكيرنا لنأخذ بما يقوله قائله فلا يجد عليه دليلا إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقا هى التى تتفق مع المدنية والإنسانية ، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء ؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء ، وهى نفس الأسس التى تقوم عليها المدنية والإنسانية ، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القطع هو دراسة نفسية الإنسان وعقليته ، فهى إذن عقوبة ملائمة للأفراد ، وهى فى الوقت ذاته صالحة للجماعة ؛ لأنها تؤدى إلى

تقليل الجرائم وتأمين المجتمع ، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهى أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفى عند بعض الناس لتبرير عقوبة القطع ؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة ، وتلك هى حجتهم الأولى والأخيرة وهى حجة داحضة ، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقابا إذا كان موسوما بالرخاوة والضعف ، بل يكون لعبا أو عبثا أو شيئا قريبا من هذا ، فالقسوة لابد أن تتمثل فى العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فى بعض جرائم السرقة ، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة فى بعض آخر ، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه فى السجن كما يوضع الحيوان فى قفصه أو الميت فى قبره طول هذه المدة محروما من حريته بعيداً عن أهله وذويه ، وأيهما أقسى قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله وولده أم حبسه على هذا الوجه الذى يسلبه حريته وكرامته وإنسانيته ورجولته ؟

والقانون أخيراً أيها الرحماء يبيح عقوبة الإعدام وهى تؤدى إلى إزهاق الروح وفناء الجسد ، أما عقوبة القطع فهى تؤدى إلى فناء جزء من الجسد فقط فمن رضى بعقوبة الإعدام وأنتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة القطع ؛ لأنها جزء من كل ، ومن لم يستفظع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفظع عقوبة القطع بأى حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية ، وهى الشريعة الوحيدة فى العالم التى لا تعرف القسوة ، وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان فى العقوبة كما يتمثلان فى العقيدة وفى العبادات وفى الحقوق وفى الواجبات ، ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر

الألفاظ ورودا فى القرآن ، وإن الشريعة لتلزم المسلم أن لا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعبد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها فى قوله وفعله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « الراحمون يرحمهم الرحمن » ويقول : « ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء » فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية ، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلا .

المبحث الخامس

فى عقوبة الحرابة

٤٦٣ — **عقوبة المحارب** : ـ فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات هى : ١ ـ القتل ـ ٢ـ القتل مع الصلب ـ ٣ـ القطع ـ ٤ ـ النفى ـ ومصدر هذه العقوبات التشريعى هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ [المائدة : ٣٣] .

٤٦٤ ـ **القتل** : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهى حد لاقصاص فلا تسقط بعفو ولى المجنى عليه . وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية ، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضاً امتنع فى الغالب عن القتل ، فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الإنسان فى قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان فى ذلك ما يصرفه غالبا عن الجريمة .

٤٦٥ ـ **القتل مع الصلب** : ـ تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا

قتل وأخذ المـال فهى عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هى عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتـكبت إحداهما وهى القتل لتسهيل الأخرى ، وهى أخذ المـال .

والعقوبة حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولى المجنى عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة القتل لـكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتـكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة بحيث إذا فـكر الجانى فى الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصاب الجانى حياً ثم يقتل وهو مصلوب ، وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة وإنما يعاقب الحى لا الميت . ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولا ثم يصلب ، وحجتهم أن النص قدم القتل على الصلب فى اللفظ فوجب أن يتقدمه فى الفعل ، وأن الصلب قبل القتل تعذيب للمحكوم عليه والشريعة تنهى عن التعذيب ، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجبه القتل طبقاً لقواعد الشريعة ، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيرتدع بذلك غيره[1] ، والرأى الأول لمالك وأبى حنيفة ، والرأى الثانى للشافعى وأحمد .

والصلب مع القتل يقابل فى عصرنا الحاضر القتل رمياً بالرصاص حيث يشد المحـكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة ، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام ، ويحددها بعضهم ببدء تعفن الجثة فإذا بدىء التعفن أنزلت الجثة ، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

الصلب . ويرى البعض أن يصاب بقدر ما يشهر أمره على أن تنزل الجثة قبل بدء التعفن[(١)] .

وقد أحسنت الشريعة فى التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقترن بأخذ المال ؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لاتساوى الأخرى فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداهما عن الأخرى

وقد يقال : إن لا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتـل خصوصاً وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالتهويل فالصلب زيادة لا فائدة منها . والرد على ذلك من أهون الأمور فلـكل عقوبة غرضان : تأديب الجانى وزجر غيره ، وإذا كان كل تأديب لغوا بعد عقوبة القتل فـكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها فى الزجر إذا صحبت عقوبة القتل ، والصلب حقيقة لا يؤثر على المحـكوم عليه خصوصاً إذا كان الصلب بعد الموت ولـكن أثر الصلب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشيء الوحيد الذى يجعل لعقوبة القتل قيمتهـا بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة ، فالصلب له أثره الذى لا ينـكر فى زجر الغير وكفه عن الجريمة .

٤٦٦ ـ القطع : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المـال ولم يقتل[(٢)] . والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أى قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السرقة . إلا أنه لما كانت الجريمة ترتـكب عادة فى الطرق وبعيداً عن العمران كان قاطع الطريق فى أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفى أمن من المطاردة ، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجعها على العوامل الصارفة

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٩ .

التى تبعثها فى النفس عقوبة السرقة العادية ، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التى تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التى تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين وهى عقوبة لا شك عادلة ، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادى ، ولأن فرصة قاطع الطريق فى النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادى .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل ؛ لأنه يعاقب على السرقة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التى تقع فى الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، وعقوبة الأشغال المؤقتة حدها خمسة عشر عاماً فهى خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات ، وسنرى فيما بعد أن حوالى نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم فى ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم ، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلا للإجرام وأكثر حذقا له ، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطراً يهدد الأمن والنظام ، ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به ، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلا مقطوع اليد والرجل يصلح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئاً حذقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطراً على الأمن والنظام ؟ .

٤٦٧ - **عقوبة النفى:** تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعليل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذى يخيف الناس ولا يأخذ منهم

مالا ولا يقتل منهم أحداً إنما يقصد الشهرة و بعد الصيت فعوقب بالنفى وهو يؤدى إلى الخمول وانقطاع الذكر ، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس نفى الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فعوقب بنفى الأمن عنه فى كل الأرض .

وسواء صحت هذه العلة أو تلك فالعوامل النفسية التى تدعو للجريمة فى كل حال قد دفعتها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى تصرف عن الجريمة ، فهو إذا فكر فى الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فعلم أنها تجر عليه الخمول ، وهو إذا فكر فى الجريمة ليخيف الناس وينفى الأمن عنهم فى بعض الأرض ذكر العقوبة فعلم أنه سينفى عنه الأمن فى كل الأرض ، وحينئذ ترجح فى أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأى الراجح أن النفى يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام[1] على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر[2] ، وعلى أن يحبس الجانى فى البلد الذى ينفى إليه ، وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور توبة المحكوم عليه وصلاحه فإن ظهرت أطلق سراحه . وحجتهم فى حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى ؛ لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقى مطلق السراح ، ولا يمنعه أن يفعل مافعله من قبل ، فليكون للنفى معناه يجب أن يحبس[3] .

وعقوبة النفى بالمعنى السابق تقابل عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية التى عرفتها أخيرا القوانين الوضعية ، تلك العقوبة التى تقوم على حبس المحكوم

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفى هو إخراج المنفى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب وهو رأى مهمل .

(٢) مسافة القصر هى مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعى وأحمد ، وهى مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة ، وهى سبعة عشر ميلا كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ــ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٥ ــ المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ .

عليه فى مكان خاص مدة غير محدودة بشرط أن لا يحبس أكثر من مدة معينة، وهذه العقوبة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهى من أحدث نظريات العقاب فى القوانين الوضعية .

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقتها من ثلاثة عشر قرنا وتلكم عقوبة النفى على ذلك من الشاهدين ، فمن كان يظن أن القوانين الوضعية حين أخذت بهذه النظرية قد جاءت بشىء جديد فليعلم أنها لم تجىء إلا بأقدم النظريات فى الشريعة الإسلامية ،ومن كان يظن أن عقوبات الشريعةونظرياتها لاتصلح للعصر الحديث فلعله أن يستبين مما تقدم ومما سيجىء أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هى ألزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

المبحث السادس

فى عقوبة الردة والبغى

٤٦٨ – **عقوبة الردة** : للردة عقوبتان عقوبة أصلية وهى القتل ، وعقوبة تبعية هى المصادرة .

١ – القتل: تعاقب الشريعة المرتد بالقتل، والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامى والخروج عليه بعد اعتناقه فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل ؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامى وعليه

يقوم النظام الاجتماعى للجماعة ، فالتساهل فى هذه الجريمة يؤدى إلى زعزعة هذا النظام ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعى من ناحية ومنعاً للجريمة وزجراً عنها من ناحية أخرى ، ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة ، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً فى نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة فى أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمى نظامها الاجتماعى بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه ، وأول العقوبات التى تفرضها القوانين الوضعية لحماية النظام الاجتماعى ،وهى عقوبة الإعدام أى القتل فالقوانين الوضعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعى بنفس العقوبة التى وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعى الإسلامى .

ب ـ المصادرة : عقوبة الردة التبعية هى مصادرة مال المرتد ، ويختلف الفقهاء فى مدى المصادرة فمذهب مالك والشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد ، ومذهب أبى حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء فى مذهب أحمد على أن مال المرتد الذى اكتسبه بعد الردة هو الذى يصادر ، أما ماله الذى اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين ، وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذى اختاره وهى رواية غير مشهورة (1) .

٤٦٩ ـ عقوبة البغى : ـ تعاقب الشريعة على البغى بالقتل والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩]

---

١ المغنى جـ ٧ ص ١٧٤ .

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » وقوله: « ستكون هنات وهنات ،ألا ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا بالسيف عنقه كائنا من كان» .

وجريمة البغى موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره ، وقد تشددت فيها الشريعة ؛ لأن التساهل فيها يؤدى إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار وهذا بدوره يؤدى إلى تأخر الجماعة وانحلالها . ولاشك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن هذه الجريمة التى يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .

وكل الدول اليوم تعاقب على البغى بالإعدام وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة فى الشريعة .

الفصل الثانى

فى العقوبات المقررة

لجرائم القصاص والدية

٤٧٠ - عقوبات متعددة : - جرائم القصاص والدية هى كما ذكرنا قبلا : (١) القتل العمد . (٢) القتل شبه العمد . (٣) القتل الخطأ . (٤) الجرح العمد (٥) الجرح الخطأ .

والعقوبات المقررة لهذه الجرائم هى : القصاص - الدية - الكفارة - الحرمان من الميراث - الحرمان من الوصية . وسنتكلم فيما يلى عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى .

٤٧١ - (أولا) القصاص : - جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح .

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك، فله عذاب أليم . ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] ويقول جل شأنه ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ،والأذن بالأذن،والسن بالسن ، والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة : ٤٥] وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به ، إلا أن يرضى ولى المقتول » ، ويقول : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا فالقود ، وإن أحبوا فالعقل ـ أى الدية ـ » .

وليس فى العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهى أعدل العقوبات إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله ، وهى أفضل العقوبات للأمن والنظام ؛ لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالبا .

والذى يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء ، فإذا علم المجرم أنه لن يبقى بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته ، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجنى عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة ، وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم ، فالرجل العصبى المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدر أنه سيرد على الاعتداء بمثله ، والرجل المسلح قد لا يثنيه شىء عن الاعتداء ولكنه يتراجع و يتردد إذا رأى خصمه مسلحا مثله و يستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء ؛ والمصارع والملاكم لا يتحدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مرانا أو جلدا ولكنه

يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلداً .

تلك هى طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص ، فكل دافع نفسى يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة ، وذلك مايتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط ، فتعاقب بالإعدام على القتل ولكنها لاتعاقب بالقصاص على الجراح ، وتكتفى فى عقاب الجارح بالغرامة والحبس أو بأحدهما .

ولاشك فى أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح فى نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية . أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت فى نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين ، ذلك أن جريمتى القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد ، ولا يكون القتل قتلا قبل أن يكون ضربا أو جرحا فى أغلب الأحوال ، وإنما ينتهى بعض الجروح أوالضربات بالوفاة ، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحاً كما تسمى تلك قتلا ، ومادام الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد ، وإذا كانت النتيجة فى كل من الجريمتين تخالف الأخرى ، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضا بنفس المقدار لاتزيد ولا تنقص ، فالجريمتان نوعهما واحد وأصلهما الجرح ، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص ، وإحدى الجريمتين تنتهى بقتل المجنى عليه وعقوبتها قتل المجرم ، والجريمة الثانية تنتهى بجرح المجنى عليه وعقوبتها جرح المجرم ، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق وفنها العميق الذى لم يصل إليه القانون بعد والذى قد يصل إليه بعد حين طويل أو قصير ولكنه سيصل إليه دون شك ؛ لأن الأساس الأول فى الشرائع على العموم هو المنطق ، وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل ، ومادام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً ، فلابد من أن

تخضع القوانين لهذا المنطق الذى أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .

والمجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص، فإذا عفا سقطت العقوبة. والعفو قد يكون مجانا وقد يكون مقابل الدية ، ولكن سقوط عقوبة القصاص بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب المجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .

والأصل فى الشريعة أن المجنى عليه ليس له فى الجرائم عامة حق العفو عن العقوبة ، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو وليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها من الجرائم ؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالا وثيقاً بشخص المجنى عليه ، ولأنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها ، ولم تخش الشريعة أن يمس حق المجنى عليه فى العفو الأمن العام والنظام ؛ لأن جريمة القتل والجرح إذا كانت اعتداء خطيراً على أمن الفرد ، فإنها ليست فى هذه الخطورة بالنسبة لأمن الجماعة ، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه ولا يخشى أن يعتدى عليه ؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون إلا عن دافع شخصى ، أما السارق مثلا فيخافه كل فرد ويخشاه ؛ لأنه يعلم أن السارق يطلب المال أنى وجده ولا يطلب مال شخص بعينه .

وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجنى عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام ، فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المجنى عليه فى استعمال هذا الحق ، والإسراف بعيد الاحتمال ؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه مما يدعوه للتشدد فى استعمال حق العفو إذ فى طبيعة الإنسان أن يميل إلى الإنتقام ممن اعتدى عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه ، وإذن ففى اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه ضمان لعدم الإسراف فى استعمال حق العفو وبالتالى ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .

ولقد كانت الشريعة عملية ومنطقية فى منح حق العفو للمجنى عليه أو وليه ؛ لأن العقوبة فرضت أصلا لمحاربة الجريمة ولكنها لا تمنع وقوع الجريمة فى أغلب الأحوال ، أما العفو فيؤدى إلى منع الجريمة فى أغلب الأحوال ، لأنه لا يكون إلا

بعد الصلح والتراضى وصفاء النفوس وخلوها من كل مايدعو إلى الجريمة والإجرام فالعفو هنا يؤدى وظيفة العقوبة وينتهى إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها ، وهذا هو الوجه العملى لتقرير حق العفو . أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية فهى تصدر عن دوافع شخصية فى نفس المجرم سببها شخصية المجنى عليه ، وهى تمس المجنى عليه فى حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع فى أمنه ، فمن حق المجنى عليه أن يكون لشخصيته اعتبار فى توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجنى عليه فى أن يعفو عن عقوبة بعض الجرائم ، فإن القوانين الوضعية تعترف بنفس هذا المبدأ وإن كانت لا تطبقه على نفس الجرائم التى ينطبق عليها فى الشريعة ، ذلك أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج وهو المجنى عليه فى جريمة الزنا فى أن يعفو عن عقوبة زوجته الزانية . فالشريعة إذن لم تأت بشىء غريب حين اعترفت للمجنى عليه بحق العفو وإنما جاءت بمبدأ تعترف به اليوم أحدث القوانين ، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعى تفوقا ظاهراً فى أنها أحسنت اختيار المنطقة التى يطبق فيها المبدأ ؛ لأن تقرير حق العفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى الوفاق والوئام ، ويقضى على دواعى النفور وبواعث الانتقام ، فتقل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام ، أما القانون فقد أساء اختيار المنطقة التى يطبق فيها المبدأ ، لأن تقرير حق العفو فى جريمة الزنا يؤدى إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق ، ويهدم نظام الأسرة وإن أريد به الوفاق الوقتى بين الزوجين ، وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذى يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون لهدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وبتوفر شروطه ، فإذا لم يكن ممكنا ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم

به ووجب الحكم بالدية ولولم يطلب المجنى عليه أو وليه الحكم بها ؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد .

وليس فى الشريعة ما يمنع فى حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به فى حالة القتل والجرح[1] .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح فى حالة العمد ، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو .

٤٧٣ — (ثانيا) الدية : — جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح فى شبه العمد والخطأ ، ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول فالله جل شأنه يقول : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ [النساء : ٩٢] والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

والدية مقدار معين من المال وهى وإن كانت عقوبة إلا أنها تدخل فى مال المجنى عليه ولا تدخل خزانة الدولة ، وهى من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصاً وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابات ويختلف بحسب تعمد الجانى للجريمة وعدم تعمده لها .

ومن الخطأ اعتبار الدية تعويضاً لهذا التشابه القوى بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد ، وكذلك من

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

التجوز اعتبارها عقوبة خالصة وهى مال خالص للمجنى عليه ، وأفضل ما يقال فى الدية أنها عقوبة وتعويض معاً ، فهى عقوبة لأنها مقررة جزاء للجريمة ، وإذا عفا المجنى عليه عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة ، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه ، ولما جاز عند العفو عنها أن تحل محلها عقوبة تعزيرية ، وهى تعويض لأنها مال خالص للمجنى عليه ولأنه لايجوز الحكم بها إذا تنازل المجنى عليه عنها .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يزيد فى مقدارها ، وهى إن اختلفت فى شبه العمد عنها فى الخطأ واختلفت فى الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة ، فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ، ودية الوضيع كدية الشريف، ودية المحكوم كدية الحاكم ، ومن المتفق عليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فى القتل ، أما فى الجراح فأبو حنيفة والشافعى[1] يريان أن مايجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة ، بينما يرى مالك وأحمد[2] أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل[3]. وهناك خلاف على دية غير المسلمين فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما[4].

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد، فجعلتها فى الأول القصاص وفى الثانى الدية المغلظة ؛ لأن المجرم فى القتل العمد يقصد قتل

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٣ .

(٣) هذه القاعدة مطلقة عند أحمد أما مالك فيقيدها باتحاد الفعل واتحاد المحل . راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ المهذب ج ٢ ص ٢١١ .

المجنى عليه أما فى شبه العمد فالمجرم لا يقصد قتل المجنى عليه ، ووجود هذا الفرق بينهما فى الفعل يمنع من التسوية بينهما فى العقوبة ، وفضلا عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد ؛ لأن القصاص يقتضى التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعل به ، والجانى لم يقصد قتل المجنى عليه ، فإذا قتل الجانى بالمجنى عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله ، وهنا ينعدم التماثل ، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرقت الشريعة بين عقوبة العمد الخالص والخطأ ، بجعلتها فى حالة العمد القصاص وفى حالة الخطأ الدية المخففة ، ناظرة فى ذلك إلى أن الجانى فى جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية ، أما الجانى فى جرائم الخطأ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها ، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدى إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات ، فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوى هو اتجاه المجرم النفسى للجريمة ، وعنصر مادى هو الفعل المكون للجريمة أما جريمة الخطأ فيتوفر فيها العنصر المادى فقط وينقصها العنصر المعنوى لتساوى الجريمة العمدية ، والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى المخطىء هو علة التفرقة فى عقوبة الجريمتين ، والفرق بين النفسيتين يساوى تماماً الفرق بين العقوبتين ؛ لأن المجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التى دعته لارتكاب الجريمة أصبح مساوياً للمجرم المخطىء ولم يبق إلا العنصر المادى للجريمة ، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد فى حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية فى الحالين، فكأن العفو ينصرف إلى العنصر المعنوى فى الجريمة العمدية . فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادى فى الجريمتين.

ولم تعاقب الشريعة فى حالة الخطأ بالقصاص؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى

الجانى ، ولأنه لم يتعمد الجريمة ولم يفكر فيها ، ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص ، ولما كان يتسبب عنها فى الغالب أضرار مالية للمجنى عليه أو لورثته ، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة فى أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذى يتعب الناس أنفسهم فى الحرص عليه ، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال ، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحمل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

و يتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذى لا قصاص فيه و بين شبه العمد و بين الخطأ ، ولكن مقدار الدية ليس واحداً فى هذه الحالات الثلاث فدية العمد وشبه العمد واحدة وهى الدية المغلظة ، ودية الخطأ هى الدية المخففة .

والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل ، والتغليظ والتخفيف لا دخل له فى العدد و إنما يكون فى أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهى مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أما ماهو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

والأرش على نوعين: أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول: هو ماحدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضى تقديره ، و يسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية : والقاعدة العامة أن دية العمد تجب فى مال الجنى عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو مادون النفس ، إلا أن مالكا يستثنى من هذه القاعدة أرش الجراح التى يمتنع القصاص فيها خوف تلف الجانى ككسر الفخذ والجائفة ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجانى ما بلغ ثلث دية الجانى أو

المجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تـكون الجريمة قد ثبتت على الجانى بالاعتراف لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً [(١)].

ولـكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجانى صغيراً أو مجنوناً ، فرأى مالك وأبوحنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمد الفعل ؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لاعمد ، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ [(٢)] وفى مذهب الشافعى رأيان أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأى السابق ، والثانى هو الراجح [(٣)] يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد ؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمـكن القصاص منهما ، فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية فى مالهما .

ويختلف الفقهاء فى حكم شبه العمد [(٤)] والخطأ ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل مايبلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجانى ، فما كان دون الثلث فهو على الجانى وحده [(٥)] ويرى أحمد أن الجانى يحمل ما دون ثلث الدية الـكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته العاقلة [(٦)]. ويرى أبوحنيفة أن الجانى يحمل ما دون نصف عشر الدية الـكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة [(٧)]. ويرى الشافعى أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو كثر ؛ لأن من ألزم بالـكثير ألزم بالقليل من باب أولى [(٨)].

---

(١) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٥٠ — بدائع جـ ٧ ص ٢٥٥ — المغنى جـ ٩ ص ٤٨٨ المهذب جـ ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) شرح الدردير جـ٤ ص ٢١٠ — البحر الرائق جـ٨ص٣٤١ — المغنى جـ٩ ص٥٠٤ .

(٣) المهذب جـ ٢ ص ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل طبقاً لمشهور مذهبه إما أن يكون عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٥

(٦) المغنى جـ ٩ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المهذب جـ ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجانى من الدية مايحمله أحد أفراد العاقلة ، أما الشافعى وأحمد فيريان أن لا يحمل الجانى شيئاً مع العاقلة .

العاقلة : هى من يحمل العقل . والعقل هو الدية وسميت عقلا ؛ لأنها تعقل لسان ولى المقتول ، وقيل : إنها سميت العاقلة ؛ لأنهم يمنعون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع .

وعاقلة القاتل هم عصباته ، فلا يدخل فى العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوى الأرحام .

ويدخل فى العصبة سائر العصبات مهما بعدوا ؛ لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم ، ولا يشترط أن يكونوا وارثين فى الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها و يشق عليها ؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجانى والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجانى بما يشق على غيره و يجحف به ، ولو كان الإجحاف مشروعا كان الجانى أحق به ؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإن لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء فى مقدار ما يحمله كل فرد ، فقال مالك وأحمد يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفى مذهب مالك رأى بفرض دينار على كل شخص ، وفى مذهب أحمد رأى آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعى . و يرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة كما يرى التسوية بين الغنى ومتوسط الحال[1] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ المهذب ج ٢ ص ٢٣٠ ،

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبى ولا على زائل العقل شىء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به ؛ ولأن المرأة والصبى والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجانى عاقلة أصلا أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم تكن عاقلة أو كانت عاقلة ولكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأى هو مذهب مالك والشافعى وظاهر مذهب أبى حنيفة ومذهب أحمد. الثانى: ويرى أصحابه أن الدية تجب فى مال القاتل ؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأى رواية عن أبى حنيفة لمحمد ويقول به بعض الحنابلة[1] .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجانى يحملون وزر جريمته ، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة : ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ إلا أن ظروف الجناة والمجنى عليهم هى التى سوغت هذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازما لتحقيق العدالة والمساواة ، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية : ــ

١ ــ لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطىء وزر عمله لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ، ولامتنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ويتبع هذا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجانى غنيا ، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال ، أما إذا كان الجانى فقيراً وهو كذلك فى أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شىء ، وهكذا تنعدم العدالة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٤ المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .

والمساواة بين الجناة كما تنعدم بين المجنى عليهم ، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ ـ إن الدية وإن كانت عقوبة إلا أنها حق مالى المجنى عليه أو وليه وقد روعى فى تقديرها أن تكون تعويضا عادلا عن الجريمة ، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الدية التى يحكم بها ؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد ، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار ، ولا شك أن ثروة الفرد الواحد فى أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية الواحدة ، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجانى وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجنى عليهم على حقوقهم ، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذى يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجنى عليهم فى جرائم العمد لا يتعرضون لمثل هذه الحالة ؛ لأن العقوبة الأصلية هى القصاص ولا تستبدل بها الدية إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه عن القصاص ، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية ، فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجانى كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجنى عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذى وضع فيه نفسه .

٣ ـ إن العاقلة تحمل الدية فى جرائم الخطأ أو فى شبه العمد وهو ملحق بالخطأ وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط ، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً ، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم ، كما أن الفرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه ، فكأن الإهمال وعدم الاحتياط هو فى الغالب ميراث الأسرة، ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط فى النهاية ميراث الجماعة ، فوجب لهذا

أن تتحمل أولا عاقلة الجانى نتيجة خطئه ، وأن تتحمل الجماعة أخيراً هذا الخطأ كلما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزة والقوة ، وإن هذا الشعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة ، فالمشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطا ويقظة ممن له أسرة ، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصاً من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ ما دام أنهما هما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التناصر والتعاون ومن واجب الفرد فى كل أسرة أن يناصر باقى أفراد الأسرة ويتعاون معهم . وكذلك واجب الفرد فى كل جماعة . وتحميل العاقلة أولا والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجانى يحقق التعاون والتناصر تحقيقاً تاماً بل إنه يجدده ويؤكده فى كل وقت . فكلما وقعت جريمة من جرائم الخطأ اتصل الجانى بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم . ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجدداً مستمراً .

٥ - إن الحكم بالدية على الجانى وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم ؛ لأن الجانى الذى تحمل عنه العاقلة اليوم دية جريمته ملزم بأن يتحمل غدا بنصيب من الدية المقررة لجريمة غيره من أفراد العاقلة وما دام كل إنسان معرضا للخطأ فسيأتى اليوم الذى يكون فيه ما حمله فرد بعينه عن غيره مساوياً لما تحمله هذا الغير عنه .

٦ - إن القاعدة الأساسية فى الشريعة هى حياطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ، والدية مقررة بدلا من الدم وصيانة له عن الإهدار ، فلو تحمل كل

جان وحده بالدية التى تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائها ، لأهدر بذلك دم المجنى عليه ، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجبا حتى لاتذهب الدماء هدراً دون مقابل .

هذه هى أهم المبررات التى دعت إلى الخروج على القاعدة العامة ، ولعل هذا الاستثناء هو فى الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة ألا تزر وزارة وزر أخرى أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة ، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء ؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق (١) .

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم ؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجناة والمجنى عليهم لا يمكن أن يقوم فى عهدنا الحاضر ، لأن أساسه وجود العاقلة ، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا فى النادر الذى لا حكم له ، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم ، أما الآن فلا شىء من هذا فى أغلب البلاد والأقطار ، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، فإما الرجوع على الجانى بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال .

والرجوع على الجانى يؤدى إلى إهدار دماء أكثر المجنى عليهم ؛ لأن أكثر الجناة فقراء وهـذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التى تقوم على حفظ الدماء وحياطتها ، كما أن الرجوع على الجانى يؤدى إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة ، ولـكنه يحقق العدالة والمساواة ويصون الدماء ، ويحقق أغراض الشريعة ، وإذن فيجب أن لا يكون الخوف من إرهاق الخزانة مانعا من العـدالة والمساواة ، وحائلا دون تحقيق أغراض

(١) راجع الفقرة ٢٨١ .

الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تخصص الغرامات التى يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض ، وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين .

ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التى تحكم بها المحاكم ، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجنى عليهم فى الجرائم بشرط أن تكون أموال الجانى لا تكفى للتعويض [1] .

وهذا الذى أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقق بعض الأغراض التى ترمى الشريعة لتحقيقها ، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه فى البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذى يحقق أغراض الشريعة ويلائم ظروفنا .

٤٧٣ — (ثالثا) — **الكفارة** : — الأصل فى الكفارة قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ [النساء : ٩٢] .

والكفارة عقوبة أصلية وهى عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت فى القتل الخطأ ، ومن المتفق عليه أنها واجبة

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ١٢٤ .

فى القتل الخطأ وكذلك القتل شبه العمد ؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ الجانى لا يقصد قتل المجنى عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب الكفارة فى القتل العمد ، فيرى الشافعى أنها تجب فى القتل العمد ؛ لأنها إذا وجبت فى القتل الخطأ مع عدم الأثم فلأن تجب فى العمد وقد تغلظ بالإثم أولى [١] ، ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعى ولكن المشهور فى المذهب أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن نص القتل العمد ؛ جاء خلواً من الكفارة [٢] . ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلابد من النص عليها [٣] . ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعى أو للعفو [٤]

ولا يفرق مالك والشافعى وأحمد فى القتل الذى تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبب ، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى : ولو كان خطأ [٥] .

على من تجب الكفارة ؟ ـ تجب الكفارة عند الشافعى وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ ، عاقلا أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم [٦] . ويرى مالك أنها تجب على الصبى والبالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم ؛ لأنها تعبدية [٧] . ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم ؛ لأن الصبى والمجنون

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٣٤ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٠ .
(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .
(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ — البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ — المغنى ج ١٠ ص ٣٧ المهذب ج ٢ ص ٢٣٤
(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .
(٧) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٦ .

لا يخاطب كلاهما بالشرائع أصلا ؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والـكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها فى نفس الوقت عبادة (١)

وحجة الشافعى وأحمد بأن الـكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما غير المسلم فهو ملزم بالـكفارة لعموم النص .

الصيام : والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الـكفارة الأصلية وهى العتق ، ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته ، فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه .

٤٧٤ ـ رابعاً : الحرمان من الميراث : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل ، والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس للقاتل شىء من الميراث » وقوله « ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة »

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً فى الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق مذهبان فى هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً ،وسواء اقتص من القاتل أو درىء عنه القصاص لسبب ما. أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الدية التى وجبت بالقتل (٢) . والرأى الراجح فى المذهب يقضى بحرمان الصغير والمجنون من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرة لا تسبباً، وأن يكون عدواناً،وأن لا يكون من صغير ولا مجنون (٣) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ ، ٥٠٠ .

واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا ؛ لأنه قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث ؛ لأنه قتل بحق . ومنهم من قال إن كان متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث ، كما فى القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم على مورثه فى جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم ؛ لأنه متهم فى قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه فى الزنا بإقراره .

والرأى الراجح فى المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث فى كل حال سواء كان القتل عمدا أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسببا وسواء كان القتل بحق أو بغير حق ، وسواء كان القاتل بالغا عاقلا أو صغيراً أو مجنونا وأصحاب هذا الرأى يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث [1] .

ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث ، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعا عن النفس والقتل قصاصا . ويعللون حرمان الصبى والمجنون من الميراث فى مذهب أحمد ؛ بأن مافعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه بعقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجانى من الميراث بل إن الاحتياط يقتضى المنع من الميراث صونا للدماء [2] .

٤٧٥ ـ الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية، والأصل فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » وقوله: « ليس لقاتل شىء » وذكر الشىء نكرة فى محل النفى يعم الميراث والوصية جميعا .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ ـ مجلة القانون والاقتصاد س ٦ ص ٥٨٦ .

٥٠٨ اختلاف الفقهاء فى تفسير هذين النصين وتطبيقهما : ـ

فنى مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ ، ويتفقون على أنه القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له فى المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية فى المال وفى الدية . ولكنهم اختلفوا فى القتل العمد ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح فى المال ولا تصح فى الدية ؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت ، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم ، ويستوى عند أصحاب هذا الرأى أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهى صحيحة فى الحالين [١] .

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا ، وأن يكون عدوانا وأن يكون من بالغ عاقل . ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة [٢] .

وفى مذهبى الشافعى وأحمد نظريتان : ـ

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل ، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغى أن تتوافر فيها شروط الهبة . وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ ـ شرح الدردير ج٤ ص ٣٧٩ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

الثانية : — يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة فى كل حال دون حاجة لإجازة الورثة (١)

الفصل الثالث

فى عقوبات الكفارات

٤٧٦ - الكفارة : - هى العقوبة المقررة على المعصيه بقصد التكفير عن إتيانها . والكفارة فى الأصل نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم ، فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهى عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على ما يعتبرمعصية فهى عقوبة جنائية خالصة كالكفارة فى القتل الخطأ ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ومن أجل هذا فهى لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح .

والجرائم التى يحكم فيهـا بالكفارة محدودة وهى : (١) إفساد الصيام . (٢) إفساد الإحرام (٣) الحنث فى اليمين (٤) الوطء فى الحيض (٥) الوطء فى الظهار (٦) القتل .

والكفارة الواجبة فى كل هذه الجرائم ليست واحدة وهى تختلف فى نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة .

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال فى القتل الخطأ فعقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة ، وقدتصحب الكفارة

---

(١) المهذب جـ ١ ص ٤٥٧ ـ الإقناع جـ٣ ص٥٩ ـ الشرح الكبير جـ٩ ص٤٢٤ ، ٤٢٥ .

عقوبة غير مقدرة أى عقوبة تعزيرية كما هو الحال فى الظهار [١] .

والكفارات التى فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى : العتق، والإطعام، والكسوة ، والصيام .

أولا ـ العتق : ـ المقصود عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقام ، ويشترط فى الرقيق المعتق شروطا خاصة لامحل لذكرها هنا ، كما يشترط لعتق الرقبة أن تكون فاضلة عن حاجة المعتق ، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريبا يجب على من وجب عليه عتق رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

ثانيا ـ الإطعام : ـ المقصود بالإطعام إطعام المساكين ، وكفارة الإطعام تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما فى كفارة اليمين ، وقد تكون إطعام ستين مسكينا كما هو الحال فى إفساد الصوم .

ويجزىء فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله وأن يكون مرة واحدة .

ثالثا ـ الكسوة: الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها إلا فى كفارة اليمين ، ولا يجزىء فى الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله تعالى ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ .

رابعا ـ الصيام : والمقصود صيام الجانى ، والصوم لا يكون عادة إلا فى حالة العجز عن الكفارات الأخرى ، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة التى يكفر عنها ، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى القتل الخطأ .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ ـ المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٥١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا فى حق المسلم ، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام ؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

الفصل الرابع

فى عقوبات التعازير

٤٧٧ - **ماهية التعازير** : - التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود أى : هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة .

والتعازير هى مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه .

ويعاقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة ، ولا يعاقب عليها بالتعزير باعتبار التعزير عقوبة أصلية وإنما باعتباره عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد ، أو باعتباره عقوبة إضافة تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتغريب فى الزنا عند أبى حنيفة ، وكإضافة التعزير للقصاص فى الجراح عند مالك ، وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعى .

وقد جرى التشريع الجنائى الإسلامى على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن تقييد القاضى بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدى وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير عادلة فى كثير من الأحوال ؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافا بينا ، وما قد يصلح مجرما بعينه قد يفسد مجرما آخر ، وما يردع شخصا عن جريمة قد لا يردع غيره

ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وبحماية الجماعة من الإجرام ، وللقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها إن كانت العقوبة ذات حدين ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه .

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير ؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة؛ ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده ، أما الجرائم الخطيرة وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فقد وضعت لها الشريعة عقوبات مقدرة ، ولم تترك للقاضي أي سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام ، والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ - **الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات** : هناك فروق ظاهرة تميز التعازير عن العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وأهم هذه الفروق ما يأتي : ـ

(١) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة ، فهي عقوبات لازمة ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها ، وليس له

أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها فى حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير فهى عقوبات غير مقدرة ، فللقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة ، وهى فى الغالب ذات حدين وللقاضى أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، على أن من عقوبات التعازير ماهو ذو حد واحد كالتوبيخ والنصح ،ولكن القاضى مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هى بالذات الملائمة للجريمة والمجرم .

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولى الأمر ،أما التعازير فتقبل العفو من ولى الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم ، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً .

٤٧٩ - أنواع التعازير : التعازير على أنواع فى الشريعة ، وسنذكر فيما يلى أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلا موضع العمل ، وعلينا أن لا ننسى أن مبادىء الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

٤٨٠ - عقوبة القتل : الأصل فى الشريعة أن التعزير للتأديب ، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً[1] فينبغى أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة ، ومن ثم فلا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع[2] .

---

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٤٤ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥، ١١٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة وتبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٤ والإقناع ج ٤ ص ٢٦٩ .

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله ، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة[١] .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية ، بل يجب أن يعين ولى الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد اجتهد الفقهاء فى تعيين هذه الجرائم وتحديدها ، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه ، أو كان استئصال المجرم ضرورياً لدفع فساده وحماية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة ، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأى وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، ويأخذ بهذا الرأى قليل من المالكية[٢] ولكن أكثر الجرائم التى يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً فى المذاهب الأخرى ، فما يظن توسعاً فى مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهرى فى أكثر الحالات ، فمثلا لا يبيح الحنفية القتل تعزيراً فى جريمة القتل بالمثقل وفى جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً فى الحالة الأولى أو حداً فى الحالة الثانيه ، بينما يرى مالك والشافعى وأحمد قتل القاتل بالمثقل قصاصاً وقتل اللائط والملوط به حداً ، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتداً بدعوته للبدعة فيقتل حداً .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ - الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٦ - الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨ ، ١٧٩ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٧ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٨ .

(٢) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكين القتل تعزيراً ويفضلون أن يحبس الجانى المفسد الذى يستضر بجرائمه إلى غير أمد لكف شره عن الجماعة ، ويؤيدهم فى هذا الاتجاه بعض الحنابلة .

والقتل تعزيراً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا فى جرائم تعزيرية محدودة العدد ، وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة فى أربع جرائم من جرائم الحدود هى : الزنا ، والحرابة ، والردة ، والبغى . وجعلته عقوبة فى جريمة واحدة من القصاص هى القتل العمد ، فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التى يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل فى الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تعزيراً، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً ، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها ، فهى لا تسرف فى عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض ، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة فى هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف فى عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزى مثلا يعاقب على مائتى جريمة بالإعدام ، والقانون الفرنسى يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام .

ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية فى العهد الأخير أن تلغى عقوبة القتل ولـكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التى ترى فى عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين ، بل إن بعض البلاد التى ألغت عقوبة القتل فعلا كإيطاليا والروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة فى قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة فى كل الدول الـكبرى كانجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شراح القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة ، وهذه هى نفس المبررات التى قال بها فقهاء الشريعة .

٤٨١ - عقوبة الجلد : تعتبر عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية فى الشريعة ، فهى عقوبة من العقوبات المقررة للحدود ، وهى من العقوبات المقررة

فى جرائم التعازير ، بل هى العقوبة المفضلة فى جرائم التعازير الخطيرة . ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه ، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته و يلائم شخصيته فى آن واحد .

وتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يثقل كاهل الدولة ، ولا يعطل المحكوم عليه عن الإنتاج ، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أوالحرمان كما هو الحال فى الحبس مثلا ، فالعقوبة تنفذفى الحال ، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله ، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله .

وأهم ميزة لعقوبة الجلد أنها تحمى المحكوم عليه من شر المحابس وماتجره على المحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة ، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد : اختلف فى الحد الأعلى للجلد ، فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولى الأمر ؛ لأن التعزير يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر ، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب فى جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة [(١)]

ويرى أبو حنيفه ومحمد أن الحد الأعلى للجلد فى التعزير تسعة وثلاثون سوطاً ، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطاً . وأساس هذا التحديد ماصح عندهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين » ويرجع الخلاف بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف إلى أن أبا حنيفة ومحمد رأيا أن لفظ الحدود ورد فى الحديث منكراً ، فقالا : إن المقصود به حد ما ، والأربعون حد كامل للرقيق ، فإذا نقصت سوطاً أصبح الحد

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ .

الأعلى للتعزير تسعة وثلاثين ، أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد إلى حد الأحرار وأقله ثمانون ، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطا ولكنه اقتفى أثر على بن أبى طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطا ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار[1] .

وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأى أبى حنيفة ومحمد ، والثانى يتفق مع رأى أبى يوسف ، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد عن خمسة وسبعين[2] ولا يصل إلى مائة[3] بشرط أن تقاس كل جريمة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده وإن زاد على حد القذف ، وينقص تعزير السب عن حد القذف ، أى : أنه لا يبلغ بالتعزير فى معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا ، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

وفى مذهب أحمد آراء متعددة،منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التى ذكرناها فى مذهب الشافعى،وهناك رأيان مختلفان : أولهما:أن الجلد لا يصح أن يبلغ فى كل جناية حدا مشروعا فى جنسها ، ولكنه يصح أن يزيد على الحد فى جناية من غير جنس الجناية المشروع فيها الحد ، فمثلا حد الزانى غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزانى المحصن الرجم ، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة إذا كان الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حدا فى غير حد ، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصنا أن يجلد مائة جلدة فأكثر ؛ لأن حد الزانى المحصن هو الرجم والجلد أيا كان عدد

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ ــ البحر الرائق ج ٥ ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج ج٨ ص٢٠١ ــ الأحكام السلطانية ص٢٠٦ ــ أسنى المطالب ج٤ ص١٦٢ .

(٣) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجريمة مما لم يرد فى نوعها حد مقدر . راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسبة ، ص ٥٧ والطرق الحكمية ص ١٠٦ . ولم أجد لهذا الرأى أثراً فيما لدى من كتب الشافعية .

الجلدات لا يبلغ حد الرجم ، وثانيهما : أنه لايصح أن يزاد فى التعزير على عشرة أسواط بأى حال ، وحجة القائلين بهذا الرأى الأخير مارواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى »[١] وينسب بعض الفقهاء هـذا الرأى للشافعية ، ولـكنى لم أجد له أثرا فيا لدى من كتب الشافعية ، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعى قال : إذا صح الحديث فهو مذهبى والحديث الذى بنى عليه هذا الرأى صحيح[٢] .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحـد إلى حديثى الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » وقوله: « لايجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله »فأما الحديث الأول فلا يرده من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ ، وعندهم أنه لاحد لأكثر التعزير ، وأن للامام أن يزيد فى التعزير على الحد إذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا لهوى النفس ، وأما الحديث الثانى فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء فى مذهب أحمد،ومن رده يرده ؛ لأنه منسوخ ،أو لأنه مقصور على زمن الرسول[٣] .

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا فى تفسيره ، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة فى التعزير إلى العقوبة فى أدنى الحدود ، ونظر فريق منهم إلى العبيد فقال : إن الحد ينصف لهم ، فأدنى الحدود حدودهم ، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة ، وقال الفريق الثانى : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد

---

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد الرابع . الاختيارات ، ١٧٨ ــ المغنى ج ١٥ ص ٣٤٧ ، الطرق الحكمية ص ١٠٦ ــ الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ــ الطرق الحكمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ــ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٣ .

لهم هو ثمانون جلدة ، وفسر البعض الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية إلى عقوبة الحد على وجه العموم ، أو أن تصل العقوبة التعزيرية على مافى جنسه الحد إلى عقوبة الحد ، ويرى هؤلاء أن تقاس الجرائم بعضها على بعض ، فما ماثل الشرب والقذف فى موضوعه أو فى خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين ، وما ماثل الزنا فى موضوعه أو فى خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة .وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة فى جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن فى جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها ، فمثلا لا يجوز عقاب من وجد فى فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا مادام لم يطأها ؛ لأن حد الزانى غير المحصن هو الجلد مائة جلدة ، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة ؛ لأن حد الزانى المحصن الرجم ، ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة ؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا ، وإذا لم يكن فى جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذى يراه ولى الأمر[١] .فكأن الغرض من الحديث أن لا يعاقب على جريمة شرع فى جنسها الحد بعقوبة الحد مادامت شروط عقوبة الحد لم تتوفر حتى لا يسوى فى العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة ، وبين الفعل الذى توفرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذى لم تتوفر فيه هذه الشروط . ولعل هذا الرأى الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر ، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد ؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس[٢] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ — نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٧ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج٤ ص٢١٥ —المغنى ج١٠ ص٣٤٨— بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٤.

وليس فى الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأية جريمة من جرائم التعزير ، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التى شرعت فى جنسها الحدود ، فيعاقب بالجلد على السرقات التى لا حد فيها ، وعلى الزنا الذى لا حد فيه ، وعلى القذف الذى لا حد فيه وهكذا[١] ، ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التى ليس فى جنسها ما يوجب الحد ، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديباً وأكثر ردعاً عن ارتكاب الجرائم الخطيرة ، والمفروض أن الجرائم التى شرعت فى جنسها الحدود هى أخطر الجرائم[٢] .

٤٨٢ - **الحبس** : الحبس فى الشريعة على نوعين ، حبس محدد المدة ، وحبس غير محدد المدة .

٤٨٣ - **الحبس المحدود المدة** : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين . ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرين أو ممن لا يردعهم إلا الجلد .

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد ، أما حده الأعلى فغير متفق عليه ، فيرى البعض أن لا يزيد عن ستة أشهر ، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة ، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولى الأمر[٣] .

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون ، ويشترطون أن لا يصل إلى سنة ؛ لأنهم يقيسونه على التغريب فى حد الزنا ، والتغريب لا يزيد على عام فوجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ - الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بحد فى غير حد وظاهر المذاهب الأخرى أنها لا تقيس الحبس على التغريب .

ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤى أن إحدى العقوبتين لا تكفى وحدها ، ولكن الشافعيين يشترطون فى هذه الحالة أن لا يوقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعتبر مكملا لما نقص من العقوبة الثانية ، فإذا ضرب الجانى نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس ، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاثة أرباع مدة الحبس وهكذا . ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط فيجوز عندهم أن يضرب الجانى كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التى تكفى لتأديبه وزجر غيره (١) .

ويشترط فى الحبس كما يشترط فى غيره من عقوبات أن يؤدى غالبا إلى إصلاح الجانى وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجانى أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافا بينا عن موقف القوانين الوضعية ، ذلك أن عقوبة الحبس فى القوانين الوضعية هى العقوبة الأولى أو هى العقوبة الأساسية التى يعاقب بها فى كل الجرائم تقريبا سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة . أما فى الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة ، وهى عقوبة اختيارية للقاضى أن يعاقب بها أو يتركها ، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب ظنه أنها مفيدة .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل إلى حد كبير عدد المحبوسين فى البلاد التى تطبق الشريعة الإسلامية ، وأن يزيد عددهم إلى غير حد فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٨٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ ـ الأحكام السلطانية ص ٢٥٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٩٢ .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هى أول المشاكل التى تبرز أمام شراح القوانين الوضعية ، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية فى كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلأت بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها ، وأدى ذلك إلى أن السجون أصبحت مباءة للتآمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام ؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعارف والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم فى حاجة إلى الردع، بينما تفسد الصالحين من المسجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب عقوبة الحبس فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها ، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية ، من ذلك نظام الفصل بين المسجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم بالصمت المطلق ، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة و يقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمنعهم من الاتصال والكلام . ومن ذلك نظام الانفراد نهارا وليلا وهو نظام كثير النفقة قليل الإنتاج يؤدى بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدى ببعضهم إلى الانتحار . ومن ذلك النظام التدريجى أو النظام الأرلندى وهو يبدأ بالحبس الانفرادى ثم يحبس المسجون بعد مدة منفردا ليلا وفى النهار يجتمع مع باقى المسجونين على أن لا يتكلم معهم ، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس فى الشريعة فإنها لا تؤدى إلى مثل النتائج السابقة ؛ لأنها لا توقع إلا فى بعض الجرائم البسيطة وعلى المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضى أنها تردع الجانى ، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلا ، ومدة بقائهم فى السجن قصيرة ، وأخلاقهم غير فاسدة ، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده ، وهكذا تنتفى أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة فى

القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤ - **الحبس غير المحدد المدة** : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادوا الإجرام ، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة ، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لاتردعهم العقوبات العادية ، ويظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته وينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا بقى محبوسا مكفوفا شره عن الجماعة حتى يموت [1] .

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدما ؛ لأنه حبس لامدة له، بل هو حبس حتى الموت ينتهى بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدد المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التى عرفتها القوانين الوضعية فى أواخر القرن التاسع عشر ، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا ، وأول من قال من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة ، إذ للعقاب فى رأيهم وظيفتان : الاستئصال والإصلاح ، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة ، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته .

وتعتبر العقوبة غير المحددة المدة فى عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية فى تدابير الأمن mesures de suretè ومن أحدث العقوبات التى يعالج بها الإجرام على أساس من علمى النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة فى عدم تعيين المدة ، فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة ، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هى التى تحدد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٦٠ - تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٠ - الإقناع جـ ٤ ص ٢٧٢ .

عليه ، فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله ، وقد تبقيه فى سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى صلاحه ، وقد أخذ القانون الفرنسى الصادر فى ٢٧-٢- ١٨٨٥ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفى كعقوبة مؤبدة وخول السلطة الإداريه أن تخفضها إن رأت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة .

وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبياً فيصدر القاضى الحكم محددا مدة العقوبة مبينا حدها الأدنى الذى لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذى لا يصح أن تزيد عنه ، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تخلى سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة ، فإن لم ينصلح حاله بقى حتى يستوفى الحد الأعلى .

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الأقصى كالقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ ، وبعضها يحدد الحد الأقصى دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

وقد أخذ القانون المصرى بعد التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين إذ أجاز للنيابة العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه فى أحد محلات المجاذيب ـ م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى تقضى بوضع المتهمين المصابين بالنورستانيا أو المدمنين على تعاطى المسكرات فى محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة غير المعينة المدة، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة ، وأن بعض القوانين يقيد مدة العقوبة بينما يجمع البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد ، وسواء أخذت

القوانين بالنظرية مطلقة أو مقيدة فهى نظرية الشريعة الإسلامية ، وما التقييد والإطلاق فى الواقع إلا تنظيم لتطبيق النظرية .

وليس بعد هذا من ينكر فضل الشريعة وسبقها فى تقرير أفضل نظريات العقاب .

٤٨٥ - **التغريب أو الإبعاد** : تكلمنا عن التغريب بمناسبة الكلام على عقوبات الزنا ، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا و بقية الأئمة يرونه حدا ، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يعتبر تعزيرا باتفاق .

ويلجأ لعقوبة التغريب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهبى الشافعى وأحمد أن لا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة ؛ لأن التغريب شرع فى الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لاتصل مدته فى التعزير عاما تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » .

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة ؛ لأنه لا يعتبر التغريب حدا وإنما يعتبره تعزيرا ، ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب عن سنة مع تسليمه بأن التغريب حد ؛ لأنه يرى الحديث منسوخا ، ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبى الشافعى وأحمد .

والقائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد عن سنة لايحددون مدة التغريب بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة ، ويتركون لولى الأمر أن يأذن للمغرب فى العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

والمحكوم عليه بالتغريب لا يحبس فى مكان معين ، ولكن يصح على رأى البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود ، ولكن ليس

له اتفاقا أن يعود إلى المحل الذى غرب عنه قبل انتهاء مدة التغريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتغريب مدة .

ولقد عاقب رسول الله بالتغريب فأمر بإخراج المخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده ، من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضبيعا بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه . وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة .

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب ؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يجدى فى إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذى كان لهم فى الجماعة قبل الجريمة ، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته ، ومن ثم يظل منبوذا من الجمهور ويضطر اضطرارا إلى أن يسلك نفسه فى زمرة المجرمين والمفسدين ، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى أن يستعيد مركزه فى الهيئة الجديدة التى ينضم إليها .

وقد أخذت الدول الأوروبية بنظرية التغريب وطبقتها فى قوانينها ، فانجلترا مثلا كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى استراليا ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات ، والقانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعد على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم ، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة فى المستعمرات وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين . والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة . أو السجن فى إحدى المستعمرات .

٤٨٦ - **الصلب** : تكلمنا عن الصلب باعتباره حداً يعاقب به على جريمة الحرابة ، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله ، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب . وقد كان تقرير الصلب حداً لجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية .

والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسبقه ، وإنما يصلب الإنسان حياً ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه ، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلى إيماء ، ويشترط الفقهاء فى الصلب أن لا تزيد مدته على ثلاثة أيام .

ومما يحتج به لمشروعية عقوبة الصلب التعزيرية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عذر رجلا بالصلب وصلبه على جبل يقال له أبو ناب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير ، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره ، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب ؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدى إلى إصلاح الجانى وتأديبه وحماية الجماعة من شره تعتبر عقوبة مشروعة[1] .

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هى عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معاً ، وهى أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمناً ما ، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمناً طويلا أو قصيراً .

ويجب أن لا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كعقوبات الحدود أو القصاص ، وعلى هذا فالأمر فى جعل الصلب عقوبة أو إهمالها متروك للهيئة التشريعية ، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلها أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٦ .

٤٨٧ - عقوبة الوعظ وما دونها : يعتبر الوعظ عقوبة تعزيرية فى الشريعة الإسلامية ، ويجوز للقاضى أن يكتفى فى عقاب الجانى بوعظه إذا رأى أن فى الوعظ ما يكفى لإصلاحه وردعه .

وقد نص القرآن صراحة على عقوبة الوعظ فى قوله تعالى : ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ﴾ [النساء : ٣٤] .

وفى الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ فالفقهاء يعتبرون مجرد إعلان الجانى بجريمته عقوبة تعزيرية ، وفى إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية .

ويجب أن لاننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ - عقوبة الهجر : ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة الهجر، وقد ورد به القرآن تعزيراً للمرأة فى قوله تعالى ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع ﴾ .

وقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم بالهجر ، فأمر بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه فى غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك، ومرارة بن ربيعة العامرى، وهلال ابن أمية، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى: ﴿وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم ﴾ [التوبة : ١١٨] .

وعاقب عمر رضى الله عنه ضبيعاً بالهجر مع الجلد والتغريب ، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب، وكتب عامل البلد الذى غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه .

٤٨٩ - عقوبة التوبيخ : ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة عقوبة

التوبيخ ، فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه .

ولقد عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبيخ ، ومن ذلك ما رواه أبو ذر - رضى الله عنه - قال: ساببت رجلا فعيرته بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أباذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله ، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلا : « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق » فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد : طأعليه حتى ترضى.

٤٩٠ - عقوبة التهديد : والتهديد عقوبة تعزيرية فى الشريعة بشرط أن لا يكون تهديداً كاذباً ، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه ، ومن التهديد أن ينذره القاضى بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس أو سيعاقبه بأقصى العقوبة ، ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة .

وقد عرفت القوانين الوضعية عقوبتى التوبيخ والتهديد ، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة وللمجرمين المبتدئين ، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لزجرهم وإصلاحهم .

وقد طبقت القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة ، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة فإن عاد المجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفة ، وبعضها يرى أن لا يصدر القاضى حكما بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين ، وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى أن لا يعود لجريمته .

وهذه الوسائل المختلفة التى تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقات للتهديد بالعقوبة ، ويكفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرناً وأكثر .

٤٩١ - التشهير : ومن عقوبات الشريعة التعزيرية التشهير ، ويقصد بالتشهير : الإعلان عن جريمة المحكوم عليه ، ويكون التشهير فى الجرائم التى يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش .

وكان التشهير يحدث قديماً بالمناداة على المجرم بذنبه فى الأسواق والمحلات العامة حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى ، أما فى عصرنا الحاضر فالتشهير ممكن بإعلان الحكم فى الصحف أو لصقه فى المحلات العامة .

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير وقد أخذ بها القانون المصرى فى بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى .

٤٩٢ - عقوبات أخرى : وليست العقوبات السابقة هى كل عقوبات التعزير فى الشريعة الإسلامية ؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لأولى الأمر أى الهيئة التشريعية ، يختارون منها ما يرونه صالحاً لمحاربة الإجرام وإصلاح المجرمين وتأديبهم ، ويتركون ما يرونه غير صالح ، ولا يتقيدون فى ذلك بقيود ما إلا بمراعاة الأسس العامة التى تقوم عليها نظرية العقاب .

والعقوبات التى ذكرناها هى أهم العقوبات العامة التى يمكن أن تطبق فى كل جريمة ، وهناك عقوبات أخرى ليست عامة ولا تنطبق على كل الجرائم وأهمها :

١ - العزل من الوظيفة : وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجانا .

٢ ـ الحرمان : ومعناه حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً ، كالحرمان من تولى الوظائف ، ومن أداء الشهادة وكالحرمان من سلب القتيل ، والحرمان من سهم الغنيمة ، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ ـ المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ماحرمت حيازته .

٤ ـ الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم ، كهدم البناء المقام فى الشارع العام وإعدام أوانى الخمر واللبن المغشوش .

وهذه العقوبات جميعا تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها .

٤٩٣ ـ عقوبة الغرامة : من المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التى تلائم السرقة وذلك قول الرسول : «ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة» ومن ذلك عقوبة كاتم الضالة فإن عليه غرامتها ومثلها معها ، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله[١] .

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها فى كل جريمة،فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة[٢] .

والذين يعترضون على الغرامة المالية يحتجون بأنها كانت مقررة فى عهد

(١) غاثة اللهفان ج ١ ص ٣٣١ ـ أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة والمغنى ج١٠ ص ٣٤٨ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦١ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٢٥ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ ـ أسنى المطالب ج٤ ص١٦٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص٢٤٦ ـ مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٩ .

الرسول ونسخت ، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام ، وأنه يخشى أن يكون فى إباحة الغرامة المالية ما يغرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة،فاشترطوا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله فإن صلح حاله رد إليه ماله ، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر.

ويمكن أن يؤيد الرأى المعارض فى الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدى إلى تمييز الأغنياء على الفقهاء ؛ لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً أما الفقير فلا يستطيع ذلك ، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهى أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى .

وفى عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقبت أموالها ، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم ، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التى اعترض بها على الغرامة . كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب عليها بعقوبات مالية تافهة كالمخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفع الغرامة ، وبهذا يضعف أحد الاعتراضات الأخرى على الأقل فى هذه الجرائم البسيطة .

وعلى كل حال فإن الفقهاء الذين يرون جعل الغرامة عقوبة عامة يقررون أنها لا تصلح إلا فى الجرائم البسيطة ، ولم يحاولوا أن يضعوا للغرامة حداً أدنى أو حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر .

والقوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية فى معظم الجرائم ، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين : الأولى : هى التنفيذ الجبرى على أموال المحكوم عليه ، فإن لم يكن له مال فالثانية وهى : الإكراه البدنى ، وهو يكون بتشغيل

المحكوم عليه فى عمل حكومى إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة ، ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهى بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تعتبر عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة .

وشراح القوانين الوضعية يعترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها ، و يرون فى عقوبة الغرامة بالرغم من عيوبها وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوىء عقوبة الحبس ، فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها ولكن ؛ لأن مساوئها أقل من مساوىء عقوبة الحبس ، وإذن فهم لا يحرصون على الأصلح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادراً عليه وممتنعاً عن دفعه كما هو الحال فى دين النفقة . أما إذا كان المطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به ؛ لأن الحبس فى الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه . لكن ليس فى الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه فى عمل حكومى لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره ، ونظرية الشريعة فى هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية ؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه بالشغل هو تنفيذ على ماله ما دام لا مورد له إلا عمله ، ولا يكاد التنفيذ جبراً بالشغل يختلف شيئاً عن التنفيذ جبراً على المال ، أما حبس المحكوم عليه مقابل الغرامة فى حالة العجز عن الدفع فمعناه أن المحكوم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس ، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء ، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غيره مشروعة .

وليس فى الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها فى كل الجرائم التعزيرية أو معظمها ؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية ولأن العقوبة الأساسية فى معظم الجرائم هى الجلد ، فانعدمت بذلك مساوىء

عقوبة الحبس تلك المساوىء التى وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها فى القوانين الوضعية .

والأصل فى الشريعة أن لجرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف فى بساطتها وشدتها ، وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة وللجانى ، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة فى مجموعة عقوبات التعزير فيكون للقاضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللمجرم . فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها فى أى حال .

الفصل الخامس

مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - **العقوبات الشرعية والإحصائيات** : بينا فيما سبق أنواع العقوبات فى الشريعة الإسلامية والمميزات التى تميز كل نوع عن النوع الآخر . وقلنا إن الشريعة حرصت فى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص على تقرير عقوبة أو عقوبات خاصة لكل جريمة،وإنها نظرت فى تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون المجرم ، وإنها حدت من سلطة القاضى تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مخيراً ، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها ، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها ؛ لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة . وكما حدت الشريعة من سلطان القاضى حدت من سلطان المشرع ، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى ، فليس له مثلا أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس ، وأن يزيد عقوبة الجلد عن ثمانين جلدة

فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية ، وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى ، أو ينقص الدية ، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية[1] .

والجرائم التى اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجانى هى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهى : (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة (٦) البغى (٧) الردة (٨) القتل العمد (٩) القتل شبه العمد (١٠) القتل الخطأ (١١) الجرح العمد (١٢) الجرح الخطأ . فمجموع الجرائم التى اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجانى هو اثنتا عشرة جريمة ، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة وإلى المجرم معاً .

وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشددها فى هذه الجرائم الاثنتى عشرة وتساهلها فى بقية الجرائم وهى تعد بالمئات، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعاً إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتى عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهى مئات ، والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية و بين عدد الجرائم الأخرى هى نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التى تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وقارناها بعدد النصوص التى تكلمت عن الجرائم الأخرى .

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصرى أن المواد التى تتكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة ، بينما النصوص التى تتكلم على الجنايات والجنح تبلغ ثلاث مائة مادة ، وهناك قوانين خاصة تعاقب على جنح كثيرة ، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضاً وهى فى الواقع أكثر من ذلك بكثير كان عدد الجنايات والجنح داخلا

---

(١) راجع الفقرة ٩٨ .

تحت ستمائة مادة ، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨ ٪ وهى نسبة لا شك فى ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع فى يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة فى تشددها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة،وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هى جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية،وأن معظم الجرائم الباقية نادر الوقوع وأقلها هو الذى يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التى تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص.

ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصائيات الجنائية ، فإن هذه الإحصائيات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هى أكثر الجرائم وقوعاً فى الحياة اليومية ، وأن هذه الجرائم الإثنى عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم ، ونستطيع أن نتخذ الإحصائيات الجنائية المصرية دليلا على ذلك فقد بلغ عدد الجنايات ٨١٧٥ جناية فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ - منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد، ١١١٩ جناية شروع فى قتل، ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جناية هتك عرض وفسق ، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت ، ١١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة ، ٦٣٤ جناية عود وكلها تقريباً سرقات ، وهذه جميعاً من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ٦٢٧٠ جناية ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنايات تقع بنسبة ٦و٧٦ ٪ من مجموع الجنايات .

وبلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة فى سنة ١٩٤٢-١٩٤٣ منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة ، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب ، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب ، ٤٦٩٥ جنحة تعد

ومقاومة وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها١٨١٧٦٢ جنحة ومعنى هـذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنح تقع بنسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنح تقريبا .

ولو رجعنا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنايات بلغ ٦٩٥٧ جناية فى سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ ، منها ٥٤٩٦ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنايات فى هذه السنة ٧٩ ٪ . أما عدد الجنح فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة فى سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنح ٥٩ ٪ .

وفى سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ كان عدد الجنايات ٧٨٣١ جناية منها ٤٧٨٢ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنايات ، وفى هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠٫٨ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

هذا هو منطق الإحصائيات الجنائيـة التى لا تـكذب يقول فى صراحة إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها فى عشرين سنة ٧٢٫٢ ٪ من مجموع الجنايات و ٦٣٫٣ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصائيات بصفة قاطعة أن الشريعـة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هـذه الجرائم إنما قصدت أن تقضى على أكثر الجرائم تكراراً وأشدها هولا ، أو قصدت أن تقضى على الإجرام قضاء مبرما ، والواقع أننا لو رفعنا من الإحصائيات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى فى الإحصائيات إلا الجنايات والجنح التافهة

أو الاعتبارية التى لا تخل بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتى يكفى فى ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصائيات تؤكد ما قلناه من قبل ، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة : هى : حفظ الأمن ، وتثبيت النظام ، وصيانة الأخلاق ، ولا شك أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقها فقد سلم لها كل شىء ، ولم يقف فى طريق تقدمها ورقيها أى شىء .

٤٩٥ - العقوبات الشرعية والتجارب : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام فإن هذا وحده لا يكفى لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية ، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام ، إذ العبرة فى هذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات ، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات ، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت فى القضاء على الإجرام .

والتجربة وحدها هى التى تبين قيمة الأنظمة الجنائيـة ، ولا عبرة بالمنطق المزوق الذى يصح مرة ويخيب أخرى ولست آتى بجديد حين أقول هذا ، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين فى اتحاد القانون الدولى ، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائى هو الذى يؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة ، وأن التجارب هى وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية ، وتبين أن هـذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية ، وكانت التجارب التى امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين : كلية ، وجزئية .

فأما التجربة الكلية فقد بدىء بها فى مملكة الحجاز من حوالى عشرين عاما

حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقا تاما ، ونجحت نجاحا منقطع النظير فى القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام ، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلا فى الحجاز بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال فى كثرة الجرائم وشناعة الإجرام . فقد كان المسافر فيه كالمقيم لا يأمن على ماله ولا على نفسه فى بدو أو حضر فى نهار أو ليل ، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم ، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتمثيل بهم ، وظل حماة الأمن فى الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت الشريعة الإسلامية ، فانقلبت الحال بين يوم وليلة ، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين ، وانتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق ، وأصبحت الجرائم القديمة أخبارا تروى فلا يكاد يصدقها من لم يعاصرها أو يشهدها ، وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام ، فهذا يفقد كيس نقوده فى الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه ، وهـذا يترك عصاه فى الطريق فتنقطع حركة المرور حتى تأتى الشرطة لرفع العصا من مكانها ، وهذا يفقد أمتعته وييأس من ردها ولا يبلغ عنها ولـكنه يجـد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه ، وبعد أن كان الأمن يعجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج أصبح الأمن محفوظا بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هى التجربة الـكلية وكفى بها دليلا على أن النظام الجنائى فى الشريعة الإسلامية يؤدى عملا إلى قطع دابر الجريمة ، وإنه النظام الذى يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولى .

اما التجربة الجزئية فقد قامت بها أولا انجلترا وأمريكا ومصر و بعض الدول الأخرى ، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير . وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية؛لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعةوهى عقوبة الجلد،فانجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية فى قوانينها الجنائية والعسكرية ، ومصر تعترف بهافى قوانينها العسكرية ، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية فى الجرائم التى يرتكبها المسجون ، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريباً عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمن العام ، وهذا اعتراف عام عالمى بأن عقوبة الجلد أفعل من أية عقوبة أخرى،وأنها الوحيدة التى تكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام ، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى عن عقوبة الجلد شيئاً فى هذ الباب ، وهذا الاعتراف العالمى هو فى الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية فى محاربة الجريمة ؛ لأن عقوبة الجلد هى إحدى العقوبات الأساسية فى الشريعة .

٤٩٦ - **العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان** :- هذه هى التجارب قاطعة فى أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملا إلى نتائج أكيدةفى كفاح الجريمة وأن أى نظام جنائى وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التى يصل إليها نظام الشريعة الجنائى ، ولعل السر فى نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان ، ففى طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، وهو لا يأتى أى عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه ، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره ، فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة فى ذلك مادام يخشى أن يموت ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له فى ذلك مصلحة؛لأنه يرجو الوصول إلى منفعته ولا يخشى من وراء عمله ضررا ذا بال ، والمرء قد يخاف ركوب الطائرة ولا يخاف ركوب السيارة ، ويخشى أن

يصعد الجبل الشديد الانحدار ولا يخاف تسلق التل المنبسط ، ويخشى أن يركب الفرس الجموح ، ولـكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول والإنسان فى هذا كله يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما ، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليها وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه ، وطبيعة الإنسان تلازمه فى الخير والشر ، فى الأعمال المباحة والأعمال المحرمة ، فلا يرتـكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من منفعة ، ولا ينتهى عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها ، فـكلما اشتدت العقوبة كلما ابتعد الناس عن الجريمة ، وكلما خفت العقوبة كلما ازداد إقبالهم على الجريمة ، وكلما نظرنا إلى الجريمة دون المجرم أيس المجرم فلم يطمع فى استعمال الرأفة ونأى بجانبه عن الجريمة وسلك طريق الاستقامة ، وقد استغلت الشريعة طبيعة الإنسان فوضعت على أساسها عقوبات الجرائم عامة وعقوبات جرائم الحدود والقصاص خاصة . ونظرت فى الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون المجرم ؛ لأن هذه الجرائم من الخطورة بمكان ، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها ، فالتساهل فيها يؤدى إلى أسوأ النتائج ، والتشدد فيها يؤدى إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة فى القانون المصرى تثبت أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة يؤدى إلى أفضل النتائج، فقد رأى الشارع المصرى أخيراً أن يهمل شخصية الجانى إلى حد ما فى جرائم المخدرات فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو قانون يشدد عقوبة إحراز المخدارت ويضع حدا أدنى للعقوبة كما يقضى بأن لا تقل العقوبة عن ضعف الحد الأدنى فى حالة العود ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة وصارت تقل سنة بعد أخرى ، فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة فى سنة ١٩٢٦ـ ١٩٢٧ أى فى السنة السابقة على صدور القانون ، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة فى سنة ١٩٢٨ ـ ١٩٢٩ ، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة فى سنة ١٩٢٩ ـ ١٩٣٠ ونزلت إلى ١٩٢٢ جريمة فى ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة فى سنة ١٩٤٢ ـ

١٩٤٣ وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة هو العامل الأول فى محاربة الجريمة ، وأن نظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة هى النظرية المثلى ، بل إن هذ الاحصاء فى ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة فى العقوبة .

الفصل السادس

العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها

٤٩٧ ـ **أنواع العقوبات** : تختلف أنواع العقوبات فى القانون المصرى باختلاف الجرائم ، وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام ،وجعل جسامة الجريمة أساساً لهذا التقسيم ، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنايات ، وأقلها جسامة تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا ، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات . وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة ، فعقوبات الجنايات هى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن . وعقوبات الجنح هى الحبس والمراقبة والغرامة وعقوبات المخالفات هى الحبس والغرامة ، والفرق بين الحبس فى الجنح و بينه فى المخالفات أنه لا يزيد فى المخالفات عن سبعة أيام وقد يصل فى الجنح إلى ثلاث سنوات ، والفرق بين الغرامة فى الجنح وبينها فى المخالفات أنها لاتزيد فى المخالفات عن مائة قرش وتزيد عن ذلك فى الجنح .

وعقوبة الإعدام هى إزهاق روح المحكوم عليه ، وتختلف قوانين البلاد المتمدينة فى كيفية تنفيذ العقوبة ، ففى بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال فى مصر ، وفى بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما فى فرنسا وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما فى الولايات المتحدة الأمريكية .

وعقوبة الأشغال الشاقة سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هى وضع المحكوم

عليه فى محبس مع تشغيله فى أشق الأشغال التى تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات) . وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة فى أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات) والسجن العمومى هو السجن الذى يقع فى دائرة المديرية .

أما عقوبة السجن فهى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد عن خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤ ، ١٦ عقوبات) .

وعقوبة الحبس هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص ، والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطا ، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة .

ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هى كلها فى جوهرها عقوبات حبس يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه ، أما اختلاف العمل الذى يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئاً ، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التى يعترف بها القانون المصرى هى الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصرى يعترف بعقوبة الجلد ويخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧ م فلما عدل القانون فى هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ .

كذلك كان القانون المصرى يعترف وقت وضعه بعقوبة النفى مؤبدة ومؤقتة ، فلما عدل فى سنة ١٩٠٤ ألغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات

أضعفت من أثر العقوبة الملغاة ولـكن الرأى يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفى بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفى الإدارى إلى الطور فى بدء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٠ . كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتموين والتسعير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية فى القانون المصرى عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية ، وهى خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث ، وهذه العقوبة فى جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون .

٤٩٨ ـ سلطة القاضى فى تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون على كل جريمة وعلى العقوبة المقررة لها ، وحين اختيرت العقوبة لـكل جريمة روعى فيها أن تـكون مناسبة للجريمة ، وجعل الشارع لـكل عقوبة عدا الإعدام والتوبيخ حدين : أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها ، والثانى : ينزل بها إلى أدنى هذه الدرجات ، وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لـكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخرى .

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبات التى قررت للجرائم فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة ، وأن يختار من بين حديها الـكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك للقاضى الحق فى أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوبتين المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق على جرائم الجنايات دون غيرها ، فللقاضى أن يستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس ، وله أن يستبدل بعقوبة السجن عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات على محكمة الجنح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بعقوبة الحبس فقط المقررة للجنح ، وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنيح الجنايات ما دامت مقترنة بعذر قانونى معين أو بظروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة ، ومادامت عقوبة الفعل الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة ، والنتيجة العملية للسلطة المعطاة لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن فى كل جناية تحال إلى محكمة الجنح وهى نتيجة تتفق مع النتيجة التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس لمدة لا تزيد على سنة إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (المادة ٥٥ عقوبات) .

٤٩٩ – العلة فى منح القاضى هذا السلطان : وقد اضطر واضعو القانون اضطراراً إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع ؛ لأنهم رأوا العلماء يخفقون فى وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادىء التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فآثروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلا عملياً وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادىء وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادىء المتعارضة ، وأن يراعى مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة ، وصلحه مع المجنى عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهملها وشدد العقوبة . وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة ما دامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء ؛ لأن القاضى يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هـذه الحالة وحـدها ، أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحـكمها جميعاً . كان هذا هو المفروض المقدور ، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء ؟ إن مقياس النجاح فى هـذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين ، ونظرة واحدة إلى إحصائيات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقاً لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

٥٠٠ ـ لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة ؟ والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح ، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور بعض الشىء لما وقعوا فى هذا الخطأ الشنيع ، لقد عرفوا أن العلماء عجزوا عن تـكوين نظرية سليمة للعقوبة ؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادىء متعارضة ويجعلونها ماثلة فى كل العقوبات ، فـكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجبرونهم على أن يسلـكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادىء فى كل جريمة دون استثناء؟ وهل يستطيع القاضى أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجانى المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجانى بقدر الإمكان ، وهذا الحكم الذى ينقذ الجانى من العقوبة المغلظة يضحى فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها ، ويؤدى إلى نتيجة لا محيص عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالـكهم على الجريمة فتزداد الجرائم ويختل الأمن ، فالعقوبة التى وضعت لصلاح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسىء استعمالها ، ولا بد للقاضى أن يسىء استعمالها على الوجه الذى بينا بحكم الظروف القاهرة التى أحاطه بها القانون الوضعى .

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجانى ، فهل يصعب فى أية جريمة مهما كانت خطورتها أن لا تجد لجان عذراً مخففاً ؟ فتارة الجانى شاب يافع وتارة هو متقدم فى السن ، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض ، وتارة استفز لارتكاب الجريمة ، وتارة وقع تحت مؤثرات قوية ، وتارة دفعته للجريمة عقيدته السياسية أو الوطنية ، إلى غير ذلك من الأعذار التى لا تفرغ منها جعبة الجناة والمدافعين عنهم ،وهل يستطيع القاضى أن يصم أذنيه فلا يسمع دفاعاً . و يغلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً ، ويوقف عقله فلا يفكر فى ظروف المتهم ، ولا يقدرها خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرضها ؟ صحيح إن القانون أجاز للقاضى أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها ، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضى يساوى تماماً الإلزام بل هو عين الإلزام ؛ لأن الاعتراف بالظروف المخففة وترتيب أثر قانونى لها هو بمثابة تقرير حق الجانى قبل القاضى أساسه هذه الظروف المخففة ، فأى قاض يستطيع أن ينكر على الجانى حقه ، أو يستطيع أن لا يرتب على دفاعه إذا صح أثره ؟ .

وإذا كان واضعو القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة ؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن المجرد ، وإن الظن لا يغنى من الحق شيئاً ،فالقاضى يعالج حقيقة الحالات فرادى ، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذى كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة ، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى المجرم معاً ، والقاضى ينظر إلى الجريمة والمجرم معاً ، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً فى سبيل الاحتفاظ بالآخر ، والقاضى يفعل مثلهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر ، فيؤدى به موقفه إلى أن يضحى بهما معاً و بمصلحة الجماعة وأمنها فى أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم فى يد القضاة أنهم بشر ، وأن فى طبيعة البشر التهرب من حمل المسئولية ، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات

سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها ، ولا يتعرض لحمل المسئوليات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها ، فالقاضي يشعر عادة بثقل مسئوليته حين يفكر في الحكم بالإعدام وتنفر نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه مادام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة ، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان في استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس ، وقد يضايق القاضي أن يحكم على شخص ما لظروفه بالحبس مع النفاذ ، ولكنه لا يرى غضاضة في الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة ، كذلك لا ينفر القاضي ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أياً كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها ، وليس للقاضي بدعاً في هذا ، وإنما هي طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه ، فمن طلب منه أن يأتي بما ليس في طبيعته فقد طلب المحال وباء بالخسران والخبال .

٥٠١ – فشل واضعي القانون في علاج مشكلة العقاب ومظاهره :

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن واضعي القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء ، ويتمثل هذا الإخفاق في مظهرين لكل منهما أهميته وأثره وهما :

أولا : تعطيل العقوبات الأصلية : ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام في اختيار العقوبة ، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التي وضعت أصلا للجرائم بحيث أصبحت في حكم الملغاة ؛ لأن القاضي كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه باب التخفيف ، ويندر أن يغلق دونه هذا الباب ، ولا يطبق القاضي العقوبة الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك في كل الأحوال .

فعقوبة الإعدام وهي مقررة لحوالي عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن مع أن جريمة القتل وهي إحدى الجرائم العشرين التي يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل

تسع جرائم يوميا خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع . وفى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهى على خطورتها تزداد عاما بعد عام ، وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد فى تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة فى ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب.

ولكن الإحصائيات وآسفاه ترينا مالا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ماينتهى إليه منطق الأشياء، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعة تقل باستمرار ففى سنة ١٩٣٦ـ١٩٣٧ [1] فصلت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ٢٢٢ شخصا، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصا فقط واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ،ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٧٫٦ ٪ . وفى سنة ١٩٣٧ ـ ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم على ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى، ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٨٫٨ ٪ . وفى سنة ١٩٣٨ـ١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٥٠ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ٢٠٦ شخصا حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقين عقوبات مخففة بعقوبة الإعدام ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٤٫٣ ٪ . وفى سنة ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات

---

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائى السنوى لوزارة العدل وليس لنا فيه إلا استخراج النسب المئوية .

بالإدانة فى ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٩٥ شخصا حكم على ستة منهم فقط بالإعدام واستبدلت بعقوبة الإعدام عقوبات مخففة للباقين ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ١ر٣ ٪ .

فمتوسط نسبة الأحكام التى قضت بعقوبة الإعدام فى هذه السنوات الأربع المتتاليه هى ٩ر٥ ٪ وضآلة هذه النسبة وتفاهتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لا فى جرائم القتل بصفة عامة ، ولكن فى الجرائم التى يوجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها .

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة فى القديم فإن الإحصائيات تدل على أن هذه النسبة كانت ٧ر٥ ٪ فى سنة ١٩٢٦–١٩٢٧ ، وأنها كانت فى السنة التالية لها ٩ر٢ ٪ ويالها من نسبة قمينة بأن تحيل النظام فسادا والأمن خوفا ولعل واضع القانون لم يدر بخلده يوما ما أن يصل إلى هذه النتيجة ، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات المشددة .

ولعل فيما سبق الدليل الكافى على أن عقوبة الإعدام معطلة ، وأنها تكاد تكون حبراً على ورق يعترف بها القانون وينكرها الواقع .

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فإنها لا تكاد تطبق كعقوبة أصلية، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام.

وإذا راجعنا إحصائية العقوبات الصادرة من محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٦–١٩٣٧ نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصاً من هؤلاء تسعة عشر شخصاً حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أما الباقون فعقوباتهم مستبدلة بعقوبة الإعدام . وفى سنة ١٩٣٧ – ١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصاً من هؤلاء ٤٨ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفى سنة ١٩٣٨ – ١٩٣٩

كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفى سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا فى القتل الذى لم يقترن بظروف ، وإلا فى بعض جرائم الشروع فى القتل المعاقب عليه بالإعدام ، أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فمثلا تدل الإحصائيات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦ - ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩ - ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم فى كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية فى جرائم القتل الذى لم يقترن بظروف ففى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت ٧ر٨ ٪ وفى سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كانت ٧ر١٥ ٪ وفى سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ كانت ٩ر٨ ٪ وفى سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ كانت ٩ر١٢ ٪ ومتوسط النسبة فى السنوات الأربع هو ٣ر١١ ٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة فى جرائم الشروع ؛ لأن الإحصائيات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ومالا تجب فيه . ولا نعتقد أنها تزيد عن النسبة فى جرائم القتل بل إنها قد تقل عنها كثيرا، ففى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ مثلا حكم على ٤٣٨ شخصا فى جرائم الشروع فى القتل من هؤلاء أربعة فقط حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

أما النسبة فى جرائم السرقة فهى تكاد تكون معدومة ، ففى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ أدين ١٢٨ شخصا ، كان يجب أو يجوز طبقا لنص القانون أن يحكم عليهم

بالأشغال الشاقة المؤبدة ، ولكن لم يحكم على أحد منهم بهذه العقوبة ، وفى سنة ١٩٣٧-١٩٣٨ أدين ١٢٤ شخصا منهم اثنان فقط هما اللذان حكم عليهما بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى : بنسبة ١ر٦ ٪ ، وفى سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢ ٪ وفى سنة ١٩٣٩-١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . وإذن فالإحصائيات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق فى جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٠ر٩ ٪ فقط .

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاهما معطلة لا تطبق على الجرائم التى فرضها لها القانون ، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاهما مثل هذا المصير ؛ ذلك أن الجنايات المعاقب عليها بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال على محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان للمتهم أعذار معينة أو ظروف مخففة ، وهذه الجنايات التى تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحيانا نصف ما يحال على محاكم الجنايات ، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنايات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض فى القضايا التى تحال على محاكم الجنايات أنها نوعان: نوع عقوبته الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك ، ونوع عقوبته الاشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة ، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية ، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق ، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس ، وتدل الإحصائيات على أن هذه القضايا يحكم فى ٣٨ر٦ ٪ منها

بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية [١] ؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائماً أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر فى كل أدوار التحقيق ، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم فى مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة فى كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التى تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجنح ، ففى سنة ١٩٣٦–١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢١٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصاً من هؤلاء ٩٤١ شخصاً حكم عليهم بعقوبة الجنحة ، وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصاً بعقوبة الجنحة ، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصاً ، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصاً ، أى أن ٥٢٫٦ ٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوباتها الأصلية . وفى سنة ١٩٣٧ ــ ١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢٤٠٨ جناية على ٢٩٠٥ شخصاً منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجنحة وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصاً ، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢١٩٤ شخصاً ، أى : أن ٥١ ٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من العقوبات الأصلية . وفى سنة ١٩٣٨ ــ ١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩٫٧ ٪ ، وفى سنة ١٩٣٩ ــ ١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩٫٦ ٪ ، فمتوسط ما يحكم فيه سنوياً من الجنايات بعقوبة الجنحة هو ٥٠٫٧ ٪ من مجموع كل الجنايات .

وهكذا تنتهى عقوبات الجنايات هذه النهاية السيئة ، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦ ٪ من الجرائم التى جعلت عقوبة لها ، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق فى بعض الجرائم كعقوبة أصلية ، فإذا طبقت فى البعض

---

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التى حكمت بها محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٩ ــ ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعدد المحكوم عليهم بالحبس فى كل الجنايات عدا جنايات القتل .

الباقى تراوحت نسبتها المئوية بين ١ و١١ ٪ وعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن لا تطبق إحداهما إلا على ٣٥ ٪ من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم بجنح وأن ٣٠ ٪ من الباقى يحكم فيه بعقوبة الجنحة .

ومعنى ما سبق أن تطبيق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر ، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس . ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدركنا إلى أى حد تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيداً بمعنى هذا التعطيل.

ثانياً : الميل إلى تخفيف العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ ، وينزل بها الثانى إلى نهاية التخفيف ، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين ، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف وينزلون فى كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين فى ذلك بمختلف العوامل التى سبق شرحها .

ولست أسوق دليلا على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية[1] ففى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصاً بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٣٣٫٢ ٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥٫٤ ٪ وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١٫٤ ٪ . وفى نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٥٨ ٪ ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٫٨ ٪ ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠٫٢ ٪ . وفى نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل

---

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمعرفتنا .

فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦٫٣٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة ٣٢٫٤٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر ١١٫٣٪ . وفى نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصاً فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٩٩٫٦٪ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوماً ٠٫٤٪ .

وفى سنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ — كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم ٤٨٫٩٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٣٫٤٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٣٧٫٧٪ . وفى نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن ٦٩٫٣٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٫٦٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٢٩٫١٪ . وفى نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التى بيناها عن سنة ١٩٣٦ — ١٩٣٧ هذا هو لسان الإحصاء الذى لا يكذب، وإنه لقاطع فى أن المحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال .

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى ، ومعنى ذلك أن المحاكم تخفف العقوبة مرتين : مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة ، ومرة عند تقديرها والنطق بها .

٥٠٢ — علة تعطيل العقوبات وتخفيفها : رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه المحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان ، ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هى أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأدب ، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثر على العقوبة ، والقاضى ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدأين معاً فى الجرائم الخطيرة والبسيطة

على السواء ؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم فى الجرائم الخطيرة الماسة بكيان الجماعه كما فعلت الشريعة ، وكلا المبدأين مناقض للآخر فتحقيق الزجر والتأديب يقتضى تشديد العقوبة ،ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة، ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئاً لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدأين بقدر الإمكان ، ولكنه حين يفعل يتجه دائماً ناحية المتهم ؛ لأنه هو الذى يكون ماثلا أمامه بمادته ومعناه يسترحمه و يستعطفه ويعرض ظروفه ويبرر موقفه ، أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت المحاكمة ممثلة فى ذهن القاضى بالقوة التى تتمثل بها مصلحة المتهم ، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم ، وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ - هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام ؟ :

شرعت العقوبات ولا تزال لمحاربة المجرمين والإجرام ، وحين يراد تحريم فعل معين تقدر له العقوبات التى يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل المحرم ، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت العقوبة وأدت الغرض منها ، و إن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردعاً من العقوبة السابقة .

فالمقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على المجرمين والجريمة فإن نقص عدد المجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة ، و إن زاد عدد المجرمين والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى قمينة بأن تردع المجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية ، ونحب أن نعرف إلى أى حد نجحت هذه العقوبات ، وكيف كان أثرها على المجرمين والجريمة ؟ وهذه العقوبات على تعددها هى عقوبتان : الإعدام ، والحبس بوجه عام .

٥٠٤ ـ الإعدام : فأما الإعدام فلا شك فى أنه عقوبة رادعة، وقد قررت لأقل ما يمكن من الجرائم ، ولا تـكاد تقع فى حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل ، وقد بينا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام فى الجرائم التى يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هى فى المتوسط أقل من ٦٪ ، وهى نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه ، والذين يتصلون بدور القضاء يعلمون أن القاتل اليوم لا يبالى أن يقتل ويعترف بجريمته ، وإنما يبالى ويهتم بأن يركز دفاعه فى طلب الرأفة ليفلت بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمناه

ولست أدرى كيف نقبل أعذار القتلة والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم ؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحمون فرائسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفى قلبه ذرة من الرحمة ، ولا يقتل إلا بعد تفـكير وتدبير وإصرار على القتل وترصد للمقتول ، فليت شعرى أية ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة ؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقترن بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتـكاب الجرائم ، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذى يقع دون ترتيب لوسائله أو تفـكير سابق فيه ، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعـدام وعقوبة النوع الثانى الأشغال الشاقة ، فـكيف سوينا بين المختلفين ، ولم نفرق فى العقوبة بين النوعين ؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام فى حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة ؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ٩٤٫١ ٪ فى الجرائم التى لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟ .

إن جرائم القتل التى تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنايات كلها، وهى تزداد عاما بعد عام، ففى سنة ١٩٣٥ ـ ١٩٣٦ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنايات ٧٩٧٦ . وفى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ كان عدد

جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨ . وفى سنة ١٩٣٧ ـ ١٩٣٨ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢ . ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شيء إلى استعمال الرأفة .

فعيب عقوبة الإعدام إذن يرجع إلى تطبيقها لا إلى طبيعتها ، وقد جاء هذا العيب من إباحة قبول الظروف المختلفة فى الجرائم الخطيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد ، ولو حرم قبول الظروف المخففة فى الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو على الأقل فى جريمة القتل أو حرم على القضاة أن يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذى لا بد منه فى تقليل جرائم القتل ، وحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

٥٠٥ ـ **عقوبات الحبس وعيوبها** :ـ أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيها والسجن والحبس فهى كما قلنا من قبل ليست فى جوهرها إلا عقوبة الحبس الذى يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه ، وعقوبة الحبس هذه هى العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم ، يجازى بها المجرم الذى ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاتى الذى تخصص فى الإجرام ، ويجازى بها الرجال والنساء والشبان والشيب ، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة ، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا ، وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشاكل دقيقة نبسطها فيما يلى :ـ

١ ـ إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج : ـ يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها فى محابس يقيمون بها حتى تنتهى مدة العقوبة ولهذه المحابس أسماء مختلفة ، وأقلها درجة : السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل ، ويليها فى الدرجة السجون العمومية

و يوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين فى السن، ويلى السجون العمومية الليمانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وهناك إصلاحيات الرجال و يوضع بها معتادو الإجرام : أما إصلاحيات الأحداث فهى للأطفال الذين تزيد أسنانهم على سبع سنوات .

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصا فى سنه ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ ولا يدخل فى هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية و يتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى وقد بلغ متوسط المسجونين يوميا ٢٥٥١٥ فى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون فى الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل ، فوضعهم فى السجون هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفى لتأديبهم وردع غيرهم .

ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدى وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره فى محاربة الجريمة دون أن يؤدى إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه ، كالجلد مثلا فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر فى الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومى .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرة المسجونين على العمل ، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملا إلا لعدد قليل من المسجونين ، أما الباقون فيكادون يقضون حياتهم فى السجون دون عمل يأكلون و يتطببون و يلبسون على حساب الحكومة .

وقد بلغت نفقات مصلحة السجون ٨٦٢١٢٥ ج فى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩،

منها مبلغ ١٥٠٠٠٠ ج أثمان الخدمات التى يقوم بها المسجونون ، فكأن ميزانية الدوله تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تنفق سنويا على المسجونين ، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يخسره المجتمع كل عام من تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا ما يساوى أربعة وعشرين جنيها لبلغت خسارة الأمة فى سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ ج سنويا .

٢ — إفساد المسجونين : وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدى إلى إصلاح المسجونين ، ولكنها فى الواقع تؤدى بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساده ، فالسجن يجمع بين المجرم الذى ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين المجرم المتخصص فى نوع من الإجرام و بين المجرم العادى ، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بمجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتبارا كالمحكوم عليهم فى حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير وكالمحكوم عليهم فى جرائم الخطأ الإهمال ، واجتماع هؤلاء جميعا فى صعيد واحد يؤدى إلى تفشى عدوى الإجرام بينهم ، فالمجرم الخبير بأساليب الإجرام يلقن ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة ، والمتخصص فى نوع من الجرائم لا يبخل بما يعلم عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون فى نفوس زملائهم السذج أرضا خصبة يحسنون استغلالها دائما فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراما .

ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يعتبره العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين ويأنف أن يكون منهم ، فإذا خرج من السجن حبب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به ، وكان هذا مما أدى بالقضاة إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس فى الجرائم الاعتبارية التى لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقى ، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة فى الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئا ؛ لأنهم يخشون

أن يدخل الجانى السجن بريئاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متفقهاً فى أساليبه .

فالسجن الذى يقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك فى الواقع ، وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام .

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة فهى تحاول أن تصلح من هذا العيب . ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجعاً ، إذ أنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ما هى عليه ؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة فى محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذى يراد علاجه ، أما جمع الشبان فى محبس واحد والكهول فى محبس واحد فلن يكون علاجاً ؛ لأن الإحصائيات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان ، ففى سنة ١٩٣٨ – ١٩٣٩ كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧ أى بنسبة ٦٢ ٪ من مجموع من دخلوا السجن ، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصاً يتراوح سنهم بين ١٦، ٢٠ سنة ، والباقون يتراوح عمرهم بين ٢٢ ، ٣٠ سنة، فعدد المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسنين ، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين .

٣ — انعدام قوة الردع : إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها فى نفوس المجرمين ، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهى أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم ، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨–١٩٣٩ على أن ٤٥ ٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم

بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة ، بل إن هـــذه الإحصائية تدل على أن ٤٣ ٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ما كادوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها ، وأنهم ارتكبوا جرائمهم فى مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية ، والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردعاً وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقاً على أن حوالى ثلث الموجودين فى إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة فى نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ فهى تشير إلى أن نصف من فى الإصلاحية تقريباً لهم سوابق فى الإجرام من خمس مرات إلى عشر ، وأن حوالى الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة ، وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة ، فلو أن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقاً على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار ففى سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من فى الإصلاحية ٨ر١٠ ٪ وفى سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٦ ر ٢٠ ٪ وفى سنة ١٩٣٦ بلغت ٧ر٣٨ ٪ .

ومما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين ازدياد جرائم العود سنة بعد أخرى فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جناية فى سنة ١٩٣٥ ـ ١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جناية فى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جناية فى السنة

التى تليها ، وجنايات العود هذه لا تقع إلا من المجرمين أرباب السوابق المتعددة.

٤ — قتل الشعور بالمسئولية : وعقوبة الحبس فوق أنها غير رادعة تؤدى إلى قتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرمين وتحبب إليهم التعطل ، فالكثير من المسجونين يقضون فى السجن مدداً طويلة نوعاً ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج ، والمشاهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقى بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لا حباً فى الجريمة ولا حرصاً عليها وإنما حباً فى العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة .

٥ — ازدياد سلطان المجرمين : ومن المجرمين من يغادر السجن ليعيش عالة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم، ويعيش على هذا السلطان الموهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر فى حياة العمل الشريف والكسب الحلال .

ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح المجرمون فى الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع ومن الوقائع التى أعرفها ويعرفها غيرى أن رجال الإدارة يستعينون بالمجرمين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكين بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذى يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز ، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع ، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة فى القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهى والتفاخر ،وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلا مهاناً أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان .

٦ — انخفاض المستوى الصحى والأخلاقى : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لمدد مختلفة يمنعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم ، ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام ، والمحابس لا تزيد فقد اضطر ولاة الأمور إلى حشرهم حشراً فى غرف السجون كما يحشر السردين فى علبته ، بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من الناحية الصحية[1] . أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمه فى المتوسط عن ستين شخصاً ، وبينما تتوفر الوسائل الصحية نوعاً ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماماً فى السجون المركزية فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جلوساً أو نياماً على الأسفلت ، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدحام السجون وعدم توفر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدرية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين ، وتدل إحصائيات سنة ١٩٣٩[2] وهى خاصة بالسجون العمومية والليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجوناً أصيبوا بنزلات شعبية ، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى ، ٤٢٢ بالسيلان ، ١١٦٠ بالزهرى و ٤١٢٨ بالجرب ، ١٥٣٤ بالقراع ، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى ، ٢١٩ بقمل العانة ، ٨٦١٨ بخراجات ودمامل ، ٩٢٦ بالروماتزم ، بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩ وفى عدد هذه الحالات الضخم وفى أنواع الأمراض التى بيناها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

---

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ .

(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ .

فالسجون إذن أداة لنشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم ، ولا يقتصر شر السجون على هذا، بل إنها تؤدى إلى فساد الأخلاق فى خارجها ؛ لأن وضع الرجال فى السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال و بناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجها لوجه أمام الشيطان .

٧ — ازدياد الجرائم :ـ وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة ، ولكن الإحصائيات التى لاتكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل ، فقد كان عدد الجنايات فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جناية فإذا به فى سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جناية ثم يصل فى سنة ١٩١٨ ـ ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جناية وفى سنة ١٩٢٦ ـ ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جناية . وفى سنة ١٩٣٨ـ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جناية . أما الجنح فكان عددها فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفى سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفى سنة ١٩٢٦ ـ ١٩٢٧ بلغ عددها ١٦٧٦٧٧ جنحة وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨، وهكذا فى ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنايات ثلاثة أمثال ما كان عليه وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثلا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية ؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعاً لذلك فى مجموعها ، وهو قول صحيح إلى حد ما ، فلنترك العدد العام للجنح ولنأخذ جريمة السرقة مقياسا فهى أحرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة، ففى سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفى سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفى سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفى سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفى سنة ١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفى سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد فى ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه ، وهى نسبة لا تبررها زيادة السكان ولا يقوم لها أى عذر مهما اختلفت المعاذير ، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة

فكيف تتضاعف الجنح سبع مرات والجنايات ثلاث مرات؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لاتكون سبباً فى ازدياد الجرائم ما دامت العقوبة رادعة ، وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة فى المملكة الحجازية ، فلا شك أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى مصر أفضل منها فى الحجاز ، ومع ذلك فقد قلت الجرائم فى الحجاز وازدادت فى مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا . ولقد كان الحجاز فى يوم ما مضرب الأمثال فى اختلال الأمن والنظام والجرأة على ارتكاب الجرائم وترويع الآمنين والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب مالهم ومتاعهم ، ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى الحجاز الآن ليست خيراً منها يوم كان الفساد مستشرياً فى الحجاز ، والفرق بين الحجاز قديماً وحديثاً هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم ، هو وجود العقوبة الرادعة فى الحجاز الآن وانعدامها قديما وهو انعدام هذه العقوبة فى مصر اليوم ، فهذه العقوبة الرادعة هى التى وطدت الأمن فى الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال ، فلا يسقط من مسافر شىء إلا وجده فى دار الشرطة ولا يضيع لأحد شىء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبلغ بضياعه ما دام مع المال ما يدل على اسم صاحبه .

فمن الخطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملى أن نحتج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان ؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولوا الأمر فى وصف العلاج الذى يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض ، وإن لم يوفق أولو الأمر فى وصف العلاج الناجع طال المرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥٠٦ - كيف نتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : - تبينا فيما سبق النتائج السيئة للعقوبات التى فرضتها علينا الأنظمة الوضعية ، فإذا هى تضييع للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة ، وليس بعد ذلك

إلا ازدياد الجرائم وجرأة المجرمين ، والإخلال بالأمن وتوهين النظام ، وذهاب هيبة الحكومة وسطوتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الآمنين ولا خلاص من هذه النتائج المحزنة إلا بالتخلص من النظام كله ، وإن فى بعض هذه النتائج ما يكفى وحده لإلغاء هذا النظام . و إذا كان الناس لا يلغون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيراً منها ، فإن لدينا نظاما هو خير الأنظمة التى عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة و إصلاح المجرم ، ذلك هو النظام الإسلامى الذى أثبتت التجربة نجاحه فى كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام .

وليست ميزة النظام الإسلامى الوحيدة فى أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته ، ولكنه يمتاز أيضاً بأن الأسس التى يقوم عليها كفيلة بأن تقضى على العيوب التى تصحب العقوبات الوضعية ، كما هى كفيلة بأن توفر على العالم المجهودات العظيمة التى تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التى تنفق فى سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعى أنه يؤدى إلى تعطيل العقوبات الأصلية وتخفيفها ، وفى الشريعة ما يحول دون ذلك فى الجرائم الخطيرة التى تمس كيان الجماعة ، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجانى ؛ لأن مصلحة الجماعة فى هذه الجرائم الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتغلب على كل اعتبار ، أما الجرائم التى لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضى فيها أن ينظر إلى شخصية الجانى ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدى إلى إصلاح الجانى فى الوقت نفسه[١] .

والعيب الثانى للنظام الوضعى أنه يفرض فى معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع هى الحبس الذى يختلف شدة وضعفاً بحسب نوع المحبس ، والذى يؤدى تنفيذه

---

(١) راجع الفقرتين ٥١ ، ٤٤٠ .

إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل فى المحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤدوا عملا مجديا فتخسر الامة من وجهين : تخسر المال الذى تنفقه على المحبوسين ، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا فى المحابس ، ولكن هذه الخسائر تنتفى لو نفذ النظام الإسلامى ؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس فى جرائم الحدود والقصاص ، وهى كما بينا تبلغ ثلثى[1] الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل فى التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس ، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبساً غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيداً عن الجماعة مكفوفاً شره وأذاه حتى يموت ، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا فى الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق فى نصف الجرائم الباقية كان الباقى الأخير من الجرائم حوالى ١٥ ٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والمفروض أن الجرائم التى يجلد فيها هى جرائم التعازير الخطيرة فالجرائم التى تبقى أخيراً ليعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هى جرائم تافهة فى الغالب يكفى فى عقابها النصح والتوبيخ والغرامة ، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة أن لا يحبس فعلا إلا فى حوالى ٥ ٪ من مجموع الجرائم وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية فى العقاب .

وإذا قلت الجرائم التى يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد فقد أصبح عدد المحبوسين قليلا جداً ، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام ، كما تقل جرائم العود التى لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس .

وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التى يحكم فيها بالحبس حبسا محدد المدة هى

---

(١) راجع الفقرة ٤٩٤ .

جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكد لدينا أن الحبس فى هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة ولن يؤدى إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق ، وحتى إذا وجدت هذه المساوىء فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلة عدد المسجونين وقلة خطورتهم ؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس . أما المجرمون الخطرون فهؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم ؛ لأن ارتكاب الجانى لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للاجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس فى القوانين الوضعية أنها تقتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس ستز أموالهم بالتهديد والتخويف . وفى عقوبات الشريعة علاج هذا كله ، بل إن علاجه فى عقوبة الجلد وحدها إذ الجلد يحط من قدر المجرم فى عين نفسه فلا يعود لجريمته ، كما يحط من قدره فى عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه ولا يكبر المجرم فى عيونهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات .

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيباً عيبا لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع فى تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها فى العقاب .

هذه هى العقوبات الوضعية وهذا هو أثرها فى إفساد الأخلاق والأمن والنظام ، وتلك هى عقوبات الشريعة الإسلامية وذاك هو أثرها فى إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية ، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعى على الشريعة الإسلامية ؛ فإن وجدته فاذكر قوله تعالى : ﴿ فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور ﴾ .

الباب الثالث

تعـدد العقـوبات

٥٠٧ — تعدد العقوبات وتعدد الجرائم: تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه نهائياً فى واحدة منها وهذا هو المعنى الفنى للتعدد .

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى ، فهو صورى إذا ارتكب الجانى فعلا واحداً يدخل تحته صور شرعية مختلفة ، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف أثناء تأدية وظيفته فالفعل يمكن أن يكون ضرباً ويمكن أن يكون مقاومة وتعدياً . أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة .

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود ففى تعدد العقوبات يرتكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه فى إحداها . أما فى العود فيرتكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى .

ويقضى المنطق بأن لا يعاقب المجرم فى حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية ؛ لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ درساً عنها ، فهو يختلف من هذه الوجهة عن العائد الذى سبق عقابه وأنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكا مستقيما .

٥٠٨ — القوانين الوضعية والتعدد : عرفت القوانين الوضعية ثلاث طرق مختلفة فى حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع ـ ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى ومقتضاها أن يوقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة الإفراط فى العقاب ؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدى إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً فى الشدة ، فالحبس وهو عقوبة مؤقتة إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة ، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

الثانية : طريقة الجب — ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات ، فمقتضى هذه الطريقة أن لا يوقع على الجانى سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط ، فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلا يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات ، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون فى حل من ارتكاب الجرائم الأبسط منها طالما أنه لم يعاقب على جريمته الخطيرة .

الثالثة : الطريقة المختلطة ـ وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة . ونعنى بالجمع بين الطريقتين الأولتين أو بتقييد إطلاقهما . فهى تجيز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حداً معيناً ، وتعيين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فى العقاب ، وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التى يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعدد والجب مع تقييدها .

٥٠٩ — قانون العقوبات المصرى : ويأخذ قانون العقوبات المصرى بقاعدة تعدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتعدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥ و ٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة

الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد ولكنه يقيدها من ثلاثة وجوه :

الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، فمن كان محكوماً عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات نفذت عليه عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثانى : أن لا يزيد الحد الأعلى مهما تعددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد ، وفى حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضاً بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد ، وأن تكون مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات ، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى ، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ — الشريعة والتعدد : ــ عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها ، و إنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى : هى نظرية التداخل ، والثانية : هى نظرية الجب .

نظرية التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم فى حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها فى بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ، ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة[1] . وتقوم نظرية التداخل على مبدأين : ــ

أولهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد فإن العقوبات تتداخل ويجزىء عنها جميعاً عقوبة واحدة ، فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها . فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحدا ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحرابة فكلاهما سرقة و إن اختلفت أركانهما وعقوباتهما ، وكالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا ، وفى مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هى الواجبة .

تعليل هذا المبدأ : وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، و إذا كان من المحتمل عقلا أن يعود المجرم

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ ــ المغنى ج ١٠ ص ١٩٧ .

لارتـكاب الجريمة فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفى مادام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه ، فإذا ثبت هذا بأن ارتـكب جريمة فعوقب عليها ثم عادلها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة ؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تـكن زاجزة ولا رادعة للجانى .

ثانيهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزىء عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تـكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد فمن أهان موظفا وقاومه وتعدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لغرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة ، ومن تناول ميتة ودما ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛لأن عقوباتها جميعاً وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحـكم بها فـكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها .

ويرون فى مذهب مالك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف يتداخلان فلا يعاقب على الجريمتين عند التعدد إلا بعقوبة واحدة ، وحجتهم فى ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد ؛ لأن من شرب هذى ومن هذى افترى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء ، ولـكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالك فى هذا المثل بالذات ؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول فـكلاهما وضعت لغرض يخالف الغرض الذى وضعت له الأخرى .

ويرى بعض المالـكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما ، وهؤلاء يجعلون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الغرض من العقوبة ولـكن ليس لهذا الرأى صدى فى المذاهب الأخرى[1] .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ .

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد كأن ارتكب الجانى سرقة فى المرة الأولى ثم زنا فى الثانية وقذف فى الثالثة فإن العقوبات لا تتداخل فى هذه الحالة وإنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب فى الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التى يمتنع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ، ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ، ومن ثم فهى العقوبة الوحيدة التى تجب ما عداها .

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها ولكن الشافعي ينكرها ، والذين اعترفوا بها يختلفون فى مدى تطبيقها .

فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل ، ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لئلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية[1] .

ويرى أحمد أنه إذ اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل فى المحاربة استوفى القتل وسقط سائرها . فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الآدميين وفيها قتل استوفى حق الآدمى ودخلت حدود الله فى القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا ، فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحد للقذف ثم يقتل ويسقط ما عدا ذلك[2] .

والأصل عند أبى حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد فى الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلا الانتفاع بحقه ، فإذا

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٢ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة ، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان فى إقامة شىء منها إسقاط البواقى يقام ذلك المسقط درءا للبواقى لقوله عليه الصلاةوالسلام : « ادرأوا الحدود ما استطعتم » فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمراً قتل قصاصاً وسقط حد الزنا والشرب ؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف ؛ لأنه متعلق بحق آدمى ثم يرجم و يسقط ما عدا ذلك من الحدود ، و إذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص فى النفس بدىء بالقذف ثم قتل قصاصا ويدرأ ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن فى ماله السرقة فى الحالين[1] ، ورأى أبى حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد .

أما الشافعى فلا يعترف كما قلنا بنظرية الجب ، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى مالم يتداخل بعضها فى الآخر ، على أن يبدأ أولا بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل ، ثم بحق اللهأى بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أى لاقتل فيه ثم يجىء القتل من بعد ذلك ، فإذا اجتمعت مثلا على رجل حدود : حدبكر فى الزنا ، وحد فى القذف ، وحد فى سرقة ، وحد فى قطع طريق يقطع فيه أو يقتل ، وقصاص فى قتل رجل ، فيحد أولا فى القذف ، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد فى الزنا ، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة وقطع الطريق ، ثم يقتل بعد ذلك ، فإذا مات فى أحد الحدود سقطت بموته الحدود التى لله عز وجل و بقيت فى ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق وهكذا يؤخر الشافعى القتل لأنه لا يسلم بنظرية الجب[2] .

و يرى بعض الشافعية أن الجانى لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ .

للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق ، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد ، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد فى الرجم ، وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل ، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى ، والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ فى الزنا الأول أجزأ تغريب واحد عن الزنا مرتين ، والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزأه عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن[1] .

٥١١ — مقارنة بين الشريعة والقانون :ـ أساس القيود الموضوعة لنظرية التعدد فى الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه القيود فى القوانين الوضعية ، فكلاهما يرى أن الجانى كان معذورا عندما ارتكب جريمته الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى ، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يؤدى إلى نتائج يأباها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون فإن الشريعة جاءت أدق منطقا من القوانين الوضعية فى تطبيق نظرية التعدد وتقييد هذه النظرية ، ونجد هذه الدقة متمثلة فى تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقتها فقط فى حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها ، وفى الجرائم المختلفة التى يجمع بين عقوباتها غرض واحد ، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم ، وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب الجانى جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقا فمن المعقول أن يعتذر للجانى بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة ، أما إذا ارتكب الجانى جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا فى ارتكاب الجريمة الثانية ؛ لأن

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة ، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجانى عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات ، وقد روعى فى وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوفر فى غيرها ، فروعى مثلا فى تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجانى من السرقة ، وروعى فى عقوبتى الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجانى من مقارفة الزنا وهكذا ، ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولا تجدى فى الردع عنها ، وكانت عقوبة السرقة لا تصلح عقوبة للقتل ولا تفيد فى منع هذه الجريمة وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة فى الجرائم المختلفة وأن يعاقب الجانى على كل نوع منها بعقوبته الخاصة .

أما القوانين الوضعية فتخالف الشريعة فى هذه النقطة وتجعل عدم العقاب فى جريمة ما عذرا للجانى فى ارتكاب أية جريمة أخرى سواء كانت الجريمتان من نوع واحد أو من نوعين مختلفين .

ونظرية التداخل فى الشريعة أوسع مدى منها فى القانون الوضعى ؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا فى حالة واحدة فقط هى ارتكاب الجانى عدة جرائم لغرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة والشراح يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هى التى توقع ، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل ؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة ، والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة ، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده ، وحالة التداخل التى يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثانى للتداخل فى الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظرية التداخل على الوجه السابق فإنها تخالف الشريعة فى الأساس الذى بنى عليه التداخل ، فالقانون الوضعى يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجانى جرائمه لغرض واحد ، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة ، أما الشريعة فتجعل أساس التداخل فى هذه الحالة

أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لغرض واحد ، وهذا الفرق يمثل الروح التى تسيطر على كل تشريع ، فالقانون يجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى يتوخاه الجانى من الجريمة ، أما الشريعة فتجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى توخاه الشارع من التشريع ، وهكذا نجد القانون الوضعى مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سليمة المنطق موحدة الاتجاهات .

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذا الباب أن القوانين جعلت حدا أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعداه بحال مهما تعددت ، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة ، والضرورة وحدها هى التى أوجدت هذا القيد فى القوانين الوضعية ؛ لأن العقوبة الأساسية فى القوانين هى الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى سجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة ، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة فى حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهى العقوبة ، أما فى الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هى القطع والجلد وهى عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية ، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد .

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت فى بعض الجرائم باعتبارها عقوبة تعزيرية فإنها مع هذا لم تكن فى حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل ، إذ المجرم يتخصص عادة فى ارتكاب جرائمه فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة ، فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا عقوبة واحدة طبقا لنظرية التداخل ، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعا الحبس ، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى

حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض الفقهاء يرون أن لا يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا ، وفضلا عن هذا فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا فى هذه الحالة فتنزل بالعقوبة ؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا لحماية هدف واحد ، وإذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة .

وإذا كانت الشريعة تتفق مع القانون فى تقرير نظرية الجب فإنهما يختلفان فى مدى تطبيقها . ففى الشريعة لا تطبق نظرية الجب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذى سبق ذكره ، أما فى القانون فتطبق نظرية الجب فى هذه الحالة وفى حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية ، ولم تكن الشريعة فى حاجة لتقرير هذه الحالة الأخيرة ؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية فى الشريعة من ناحية ، ولأن مددها قصيرة من ناحية أخرى ، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التى بسطناها سابقا ، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة .

وإذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا ، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس ؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا بمضى مدة معينة عليه فى المحبس ، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخلى سبيله أو يظل فى محبسه حتى يموت ؛ لأن الغرض من حبسه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أخلى سبيله ، وإذا لم يتب فالمحبس يكف شره حتى يأتيه الموت .

الباب الرابع

استيفاء العقوبات

٥١٢ - من له حق الاستيفاء : الأصل فى الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير وأن من نسب إليه أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها ، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها ، وإن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه ، فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولى الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير ، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة وفيما يلى تفصيل ذلك كله .

٥١٣ - الاستيفاء فى جرائم الحدود : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أى : العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب ، فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً فى إقامة الحد ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال : « أغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم ،وأتى بسارق فقال« اذهبوا به فاقطعوه»[1] .

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٢١

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد فى عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد فى عهد الخلفاء إلا بإذنهم ، ومما يروى عن رسول الله فى هذا قوله : « أربع إلى الولاة : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والفىء »[1] .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف[2] أى : إذا كان الحد قتلا أو قطعاً ، وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد فى الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى : أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف ، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل ، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع ، فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

٥١٤ - الاستيفاء فى جرائم التعازير : واستيفاء العقوبات المحكوم بها فى جرائم التعازير من حق ولى الأمر أو نائبه أيضاً ؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهى من حقها فيترك استيفاؤها لنائب الجماعة ، ولأن التعزير كالحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف .

وليس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس فإن قتل أحد الأفراد شخصاً محكوماً عليه بالقتل تعزيراً ، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس ، والفرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أن

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠.
(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥

عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهى عقوبة محتمة لا بد منها، أما عقوبة التعزير المتلفة فلولى الأمر العفو عنها ولهذا فهى عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو فى اللحظة الأخيرة .

٥١٥ - الاستيفاء فى جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها لأولى الأمر ، لكن أجيز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو المجنى عليه، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء:٣٣]

ومن المتفق عليه أن لولى المجنى عليه حق استيفاء القصاص فى القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان ؛ لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم فيه الحيف ، ولأنه لا يؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفى ، لكن إذا استوفاه فى غير حضور السلطان وقع الموقع أى : وقع الفعل قصاصاً ، وعزر المستوفى لافتياته على السلطان وفعله ما منع من فعله .

وينظر السلطان فى الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه، وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

وليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من بيت المال؛ لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لا يحسن القصاص وكل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أى : فيما ليس قتلا فيرى أبو حنيفة أن المجنى عليه الحق فى استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه ، وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه فى مذهب أحمد[1] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

ويرى مالك والشافعي ورأيهما وجه في مذهب أحمد أن المجني عليه ليس له أن يستوفي عقوبة القصاص فيما دون النفس بأي حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفي أن يحيف على المجني عليه أو يجني عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء ، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفي موظفاً مخصصاً لهذا الغرض[1] .

٥١٦ - كيفية استيفاء القصاص في النفس : لا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف عند أبي حنيفة ورواية عن أحمد سواء كان الجاني قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التغريق أو التحريق أو غير ذلك ، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص فمعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف ؛ لأنه تبين أن فعل الجاني وقع قتلا من وقت وجوده فلا يقتص منه إلا بالقتل ؛ لأنه لو قطع عضواً من الجاني ليحقق التماثل ثم عاد لحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ، ولا يعتبر حز الرقبة متمماً للقطع ؛ لأن المتمم للشيء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص في النفس مقصود منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ؛ لأن إتلافها يعتبر تعذيباً وليس استيفاء .

وإذا أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزر

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير ج ص ٣٩٩ .

لافتياته إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه فى القصاص بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو رداه فى بئر ونحو ذلك ؛ لأن القتل حقه فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف ؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزر على هذا الافتيات[1]

وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد[2] أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

فإن حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولى أن يقتص منه بمثل ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ﴾ ولأن القصاص قائم على المماثلة والمماثلة ممكنة فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال ؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر فالرأى الراجح أن يكون القصاص بالسيف .

٥١٧ ـ ما يشترط فى آلة القصاص : وإذا أراد الولى أن يستوفى بنفسه فلا يكفى أن يكون خبيرا بالقصاص ، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كالة مثلا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه ، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير ؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجانى وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن[3] . تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «إن الله كتب الإحسان

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٩ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ .
(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧

على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة و إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

٥١٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟ : والأصل في اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع في القتل وأنه يزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما فلا مانع شرعا من استعمالها « فلا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة والكرسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة و إسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسي الكهربائي ؛ فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب[1] » .

٥١٩ - هل يجوز للسلطان أن يستأثر اليوم باستيفاء القصاص : الرأي الراجح عند الفقهاء هو أن لا يترك المجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص فيما دون النفس ؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة في المقتص ولا يؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك المجنى عليه أو وليه[2] أما القصاص في النفس فقد ترك للولي استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بآلة صالحة فإذا لم يكن يحسنه وكل في الاستيفاء من يحسنه ، فحق الولي في الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء و باستعمال الآلة الصالحة .

ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً أما اليوم فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال .

---

(١) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر . راجع القصاص ص ٢٠٨

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤١٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣

وإذا أضيف إلى هـــذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والـكرسى الـكهربائى أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المشنقة والمقصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها فى حيازة الدولة ، إذا روعى هذا جميعه أمـكن القول أن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى المجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وأن لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

٥٢٠ - استيفاء العقوبات عند التعدد : تخالف الشريعة القوانين الوضعية فى طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد ، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شىء إلى طبيعة العقوبات فى كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلا على القوانين الوضعية الحديثة فإنه يقضى بأن تنفذ العقوبات عند التعدد على حسب درجة جسامتها ، فتنفذ الأشغال الشاقة أولا ، ثم ينفذ السجن ثانياً ، ثم الحبس مع الشغل ، ثم الحبس البسيط م ٣٤ عقوبات .

ولا يراعى فى التنفيذ ترتيب صدور العقوبات. فإذا حكم على إنسان بالأشغال الشاقة أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدىء فى تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

وتنفذ العقوبات فى القانون المصرى على التوالى فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى ، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالمحـكوم عليه ، فتنفذ سواء كان المحـكوم عليه مريضاً أو صحيحاً سقيما أو قويا .

وقد أوحت طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام، فهى عقوبات يستغرق

تنفيذها زمناً طويلا فكان لا بد من ترتيب تنفيذها على هذا الوجه ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها عن جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع فى الشريعة الإسلامية فى حالة تعدد العقوبات فهو مختلف ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه فى هذه المسألة.

فمالك يرى فى حالة تعدد العقوبات أن يبدأ فى التنفيذ بما هو لله أى: بما يمس حقوق الجماعة ، ثم يقام بعد ذلك ما هو للناس أى : ما يمس حقوق الأفراد، وحجة مالك فى هذا أن ما لله لا عفو فيه وما للآدميين قد يعفى عنه فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يمس حقوق الأفراد .

ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما .

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يمس حقوق الأفراد على ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيما يمس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف ثم ينفذ بعد ذلك ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره .

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها ، فيقدم الأخف على الخفيف ، ويقدم ما يمس حقوق الآدميين على ما يمس حقوق الجماعة ، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها ؛ لأنه لا يعترف بالجب

ورأى فقهاء الشريعة فى تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية ، فالعقوبات الأساسية فى الشريعة هى القطع والجلد والقصاص وهى عقوبات بدنية فاستيفاؤها يوجب البدء بأخفها حفظاً لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته

ولا يقدم الأشد على الأخف ، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفي هذا تتفق الشريعه مع القانون .

٥٢١ - التنفيذ على المريض والضعيف والسكران : وفقهاء الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان المحكوم عليه مريضاً ، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة كأن كان برداً شديداً أو حراً شديداً ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل ؛ لأنها عقوبة مهلكة أى : أن المقصود منها إهلاك المحكوم عليه، أما العقوبات الأخرى التى لا يقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ فى ظروف تؤدى إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى ، ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضار المحكوم عليه بضعفه ، فإن كانت العقوبة الجلد مثلا جلد مرة أو مرتين بصوت متعدد الفروع او بعثكال له شماريخ بعدد الأسواط أو نصفها .

ويرى الفقهاء أن لا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره[1] .

٥٥٢ - التنفيذ على الحامل : عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم التنفيذ على الحامل ، وحديث الغامدية قاطع فى ذلك فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهى حامل قال لها عليه الصلاة والسلام : «اذهبى حتى تضعى حملك» ومثله حديث معاذ : « إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على مافى بطنها» والتنفيذ الممنوع على الحامل هو الذى يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذ المبدأ ولكنهم مختلفون بعض الشىء فى مدى تطبيقه.

فيرى الشافعى أن لا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملا أو ريبة من حمل حتى تضع حملها أو يتبين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع ، وإن لم يكن لولدها

(١) شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٨٥

موضع فيفضل الشافعى تركها أياماً حتى تجد لولدها مرضعاً فى حالة القتل .

ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق أن لا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس ولو كانت العقوبة جلداً .

ويرى مالك أن لا ينفذ على الحامل حتى تضع ، ويعتبر النفاس مرضاً يوجب تأخير الجلد حتى ينتهى ، وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل . وإن لم يصيبوا لطفلها من يرضعه لم يعجل عليها بالقتل .

ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبأ ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة قتلت ، ويستحب لولى القتل تأخيره للفطام ، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين ثم تفطمه ، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل .

٥٢٣ – التنفيذ على المجنون : سبق أن تكلمنا عن هـذا الموضوع بمناسبة الـكلام على مسئولية المجنون فليس ما يدعوا لإعادة الـكلام عن هذا الموضوع ويكفى فيه مراجعة ما سبق (١)

٥٢٤ – علنية التنفيذ : الأصل فى الشريعة أن يكون التنفيذ علنياً لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ ولأن السنة جرت بهذا ، ويستوى فى ذلك القتل وغير القتل ، وتتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية.

ولقد كان القانون المصرى يوجب العلانية فى تنفيذ عقوبة الإعدام أخذا عن القوانين الأوروبية ، ثم عدل عن اشتراط العلانية ، ولـكن فرنسا لا تزال متمسكة بالعلانية .

وتنفذ عقوبة القتل فى الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن وتنفذ بقطع الرقبة إن لم تـكن عقوبة زنا على الرأى الراجح بين الفقهاء .

---

(١) راجع الفقرة ٤٢٨

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل ، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة ، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله ، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم .

ولقد جاءت الشريعة بهذه المبادىء من يوم وجودها ، ولكن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا أخيرا فقد كانت عقوبة القتل فى القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس ، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة ، فقاتل والده مثلا كانت تقطع يده قبل القتل ، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص ، فالشريف يعدم بقطع رقبته بالسيف ، والعامى يعدم شنقاً . ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون فى فرنسا يسوى بين المحكوم عليهم فى التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط ، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد . ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب. فالمشرع الفرنسى اهتدى إلى طريقة قطع الرأس ، والمصرى والإنجليزى إلى طريقة الشنق ، وفى إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل ، وفى بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره ، ولكن لولى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدى إلى المساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات) كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٢٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى)

الباب الخامس

العـــود

٥٢٥ - ماهية العود : يطلق العود اليوم فى اصطلاحنا القانونى على حالة الشخص الذى يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً ، أى : أن العود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه فى إحداها أو بعضها .

ويتميز العود عن تعدد الجرائم بأن المجرم فى حالة التعدد يرتكب جريمته الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم فى جريمة سابقة عليها ، أما فى العود فيكون المجرم حين ارتكب جريمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصر على الإجرام ، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه ، ومن ثم فقد كان من المعقول أن يتجه التفكير إلى تشديد العقوبة على العائد ولقد كانت فكرة التشديد تلقى فيما مضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية ، أما اليوم فليس ثمة من ينازع فى مشروعية العقاب على العود .

وشراح القوانين وإن كانوا يسلمون بالعقوبة على العود ، إلا أنهم اختلفوا فى تقرير المبادىء التى يقوم عليها العود ، فالبعض يرى أن يكون العود خاصاً بمعنى أن لا يعتبر المجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الاولى أو مماثلة لها ، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عائداً .

ويرى البعض أن يكون العود عاماً بحيث يعتبر المجرم عائداً إذا ارتكب جريمته الثانية سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة.

كذلك اختلف الشراح فى مدة العود ، فرأى البعض أن يكون العود مؤبداً

بحيث يعتبر المجرم عائدا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى ، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يعتبر المجرم عائد إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصرى بهذه المبادىء جميعا فأخذ بمبدأ العود العام فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات ، وأخذ بمبدأ العود الخاص فى الفقرة الثالثة من هذه المادة ، وأخذ بنظام العود المؤبد فى الفقرة الأولى من نفس المادة ، وبنظام العود المؤقت فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيا فى كل ذلك نوع العقوبة ومدتها ونوع الجريمة .

وإذا تكرر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يعتبره شراح القوانين الوضعية مجرد عائد بل يعتبرونه مجرما معتادا على الإجرام وعدوا خطرا للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعاده عنها ، وقد طبق القانون المصرى هذه النظرية تطبيقا محدودا فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال لمحل تعينه الحكومة « إصلاحية الرجال » إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط أن لا تزيد مدة بقاء المجرم فى المحل الخاص عن ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال « المادتان ٥٢، ٥٣ عقوبات » .

وفى إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر فى سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه فى محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفى فرنسا ينص القانون الصادر فى ١٨٨٥/٥/٢٧ على نفى معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقا محدودا ولم تأخذ بها على إطلاقها .

هذه هى القواعد العامة التى يقوم عليها العود فى القوانين الوضعية الحديثة

و يلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيرا ، وأن المبادىء التى وضعتها للعود والاعتياد على الإجرام تعتبر من أحدث المبادىء فى هذه القوانين .

٥٣٦ - الشريعة والعود : - وقد يدهش القارىء أن يعلم أن هذه المبادىء المستحدثة فى القوانين الوضعية هى نفس المبادىء التى وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولمعتادى الإجرام من ثلاثة عشر قرنا ، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداثتها لم تطبق بعد المبادىء الشرعية على إطلاقها .

ومن المتفق عليه فى الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة ، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده فى الحبس ، واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك اللواطة لغير المحصن فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته ولما تؤدى إليه من التقليد و إفساد الأخلاق والتخنث . والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتياد بتخليده فى الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .

وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه ، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص ، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدى والعود المؤقت ، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاما وخاصا وأبديا ومؤقتاً ، والأمر فى ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققا للمصلحة العامة .

وهذه هى قواعد العود فى الشريعة وتلك قواعد العود فى القوانين الوضعية ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل فجهل الناس كل شىء عنها أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار و يعرفها أكثر الناس معرفة جيدة .

وقد يكفى الشريعة امتيازاً أن قواعدها التى وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر

قرناً تتفق تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية ، ولكن الشريعة فى الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معتادى الإجرام ومحترفيه فيه بالقتل و بالتخليد فى السجن ، وهما العقو بتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية وعلى الأخص أصحاب نظريتى تدابير الأمن mesure de Sû eté وغرق الاستئصال procédé d'élemination فهؤلاء يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة ، أو أن يحبس حبساً غير محدد المدة بحيث يكف شره عن الجماعة ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه الآراء على إطلاقها ، واكتفت ،بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد المدة بعد أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس فى النهاية حبساً محدد لمدة كما بينا فى الأمثلة التى ذكرناها عن القوانين المصرى والإيطالى والفرنسى .

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية فى تنظيم العودة وتقرير قواعده ، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذى ينادى به شراح القوانين أنفسهم .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٢٧ – أسباب سقوط العقوبة: تسقط العقوبات فى الشريعة بأسباب مختلفة، ولكن ليس فى هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب فى أثرها على العقوبات، فبعضها يسقط معظم العقوبات وبعضها مسقط لأقلها، و بعضها خاص بعقوبات دون أخرى.

والأسباب المسقطة للعقوبات هى (١) موت الجانى (٢) فوات محل القصاص (٣) توبة الجانى (٤) الصلح (٥) العفو (٦) إرث القصاص (٧) التقادم.

٥٢٨ – موت الجانى: تسقط العقوبات بموت الجانى إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجانى؛ لأن محل العقوبة هو الجانى ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها.

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجانى؛ لأن محل العقوبة مال الجانى لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجانى بعد موته.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أو لا يوجبها، فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا والدية فى رأيهما لا تجب بدلا من القصاص إلا برضاء الجانى، فإذا مات الجانى سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية؛ لأن الجانى لم يوجبها على نفسه ويستوى أن يكون الموت بآفة

سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق ، فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص لشخص آخر أو قتل لزنا أو ردة ففى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

اما إذا قتل الجانى ظلماً فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول فمن قتل رجلا فعدا عليه أجنبى فقتله عمداً فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثانى ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلى وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها و إن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول[1] .

ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره إذا جنى عليه[2] .

ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال سواء كان الموت بحق أو بغير حق ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر ؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر[3] .

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء فى المثل الآتى : إذا قتل زيد علياً فإن لأولياء على حق القصاص على زيد ، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شىء لاوليائه طبقاً لرأى مالك وأبى حنيفة ، ولأوليائه الدية فى مال زيد طبقاً لرأى الشافعى وأحمد . فإذا كان موت زيد راجعاً إلى أن خالداً

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

قتله عمداً أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء علىّ فى رأى أبى حنيفة ، أما طبقاً لرأى مالك فحق القصاص ينتقل إلى خالد لأولياء علىّ أن يقتصوا منه فى حالة العمد ، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من خالد إلا إذا أرضوا أولياء علىّ ،وفى حالة الخطأ يدفع خالد دية زيد لأولياء علىّ . وطبقا لرأى الشافعى وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء علىّ الدية فى مال زيد .

٢٥٩ — فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون النفس ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجانى حياً ، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط .

والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية ، فإذا فات محل القصاص سقط القصاص ؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله .

وإذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك ، لأن حق المجنى عليه فى القصاص عينى فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجنى عليه ، أما إذا فات محل القصاص بظلم فإن حق القصاص ينتقل إلى الظالم على التفصيل الذى سبق بيانه فى حالة موت القاتل[1] .

وأبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلماً ، وبين فواته بحق كتبفيذ عقوبة أو استيفاء قصاص ، وفى الحالة الأولى يرى أن المجنى عليه لا يجب له شيء بفوات محل القصاص ، أما فى الحالة الثانية فيرى أن المجنى عليه تجب له الدية بدلا من القصاص ؛ لأن الجانى قضى بالطرف أو الجارحة التى فاتت حقاً مستحقاً عليه[2] .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٣ — شرح الدردير ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٩٨ .

ويرى الشافعى وأحمد أن المجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص ، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا .

٥٣٠ ـ توبة الجانى : ـ من المتفق عليه فى الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحرابة المقررة جزاء على الأفعال التى تمس حقوق الجماعة وذلك لقوله جل شأنه: ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة ، أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب فإنهم قد اختلفوا فى أثر التوبة على ماعدا هذه الجريمة ، ولهم فى ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على العدول عن الجريمة فلا داعى لتكرارها هنا[1] .

٥٣١ ـ الصلح : ـ الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن القصاص يسقط بالصلح ، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والأصل فى الصلح السنة والإجماع . فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من قتل عمدا دفع إلى أولياء

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٣ .

المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ، وما صولحوا عليه فهو لهم » ، وفى عهد معاوية قتل هدبة بن خشرم قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله (١) .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .

أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية ؛ لأن ذلك يعتبر ربا ، فمثلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل ؛ لأن الدية مائة من الإبل فقط ؛ ولأن الزيادة ربا .

٥٣٢ - العفو : - العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة وهو إما أن يكون من المجنى عليه أو وليه ، وإما أن يكون من ولى الأمر ، ولكن العفو ليس على أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة ، وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة فى بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والقاعدة التى تحكم العفو أنه لا أثر له فى جرائم الحدود ، وأن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتى : -

٥٣٣ - جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التى تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجنى عليه أو من ولى الأمر . فالعقوبة فى هذه الجرائم لازمة محتمة ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛ لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه أو إسقاطه (٢) .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ، وإذا امتنع الحد فى جريمة من جرائم الحدود وعوقب عليها بالتعزير فليس لولى الأمر العفو عن العقوبة على الرأى الراجح .

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهدرا فيما وجب فيه الحد ، فإن وجب الحد فى نفسه أهدرت نفسه ، وإن وجب فى طرفه أهدر طرفه[1] .

٥٣٤ — العفو فى جرائم القصاص والدية : تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولى دمه أن يعفو عن عقوبتى القصاص والدية[2] دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفوه على حق ولى الأمر فى تعزير الجانى بعد العفو عنه .

وليس لولى الأمر أن يعفو فى جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجانى وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه فى العفو مقصور كحق ولى الأمر على العفو عن العقوبة فقط ، وليس لأيهما العفو عن الجريمة ، فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفوه إلى العقوبة فى الحدود التى بيناها ، والعلة فى منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجانى ، وفى هذا خطر شديد على الجماعة ؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساسا بالمجنى عليه ، ولو سمح لولى الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه فى القصاص والدية .

والأصل فى حق المجنى عليه أو وليه فى العفو الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق فى سياق قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ حيث قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفى سياق قوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ حيث

---

(١) راجع الفقرة ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) المقصود من الدية معناها الأعم فتشمل الدية والأرش والحكومة .

قال : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ وأما السنة فإن أنس بن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو » .

والعفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجاناً فهو عاف ، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف(١) .

والعفو عند مالك وأبى حنيفة هو إسقاط القصاص مجاناً ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا و إنما هو صلح ؛ لأن الجانى لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها(٢) .

و يعتبر مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحا لا عفوا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا ؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجانى ، وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو . أما الشافعى وأحمد فيعتبران العفو عن القصاص على الدية عفواً لا صلحا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، والخيار للمجنى عليه أو وليه دون حاجة لرضاء الجانى ، ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطا محضا لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل ، فهو عفو ؛ لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر .

وكما يجوز العفو عن القصاص يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هى العقوبة الأصلية كما فى القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص .

٥٣٥ — العفو فى جرائم التعازير : من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ — الزيلعى ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

الأمر حق العفو كاملا فى جرائم التعازير ، فله أن يعفو عن الجريمة وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو فى كل جرائم التعازير أو فى بعضها دون البعض الآخر .

فرأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو فى جرائم القصاص والحدود التامة التى امتنع فيها القصاص والحد ، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فلولى الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة فى ذلك بعد مجانبة هوى نفسه[(١)] .

ورأى البعض أن لولى الأمر فى كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان فى ذلك مصلحة[(٢)] . ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطق الشريعة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص .

وللمجنى عليه فى جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما فى الضرب والشتم ، ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة فى تأديب الجانى وتقويمه ، فإذا عفا المجنى عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية[(٣)] .

وإذا عفا ولى الأمر فى جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة فإن عفوه لا يؤثر بأى حال على حقوق المجنى عليه[(٤)] .

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا[(٥)] .

٥٣٦ — إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ — الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . (٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

ليس له أن يقتص من الجانى ، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجانى نفسه كل القصاص أو بعضه ، فمثلا إذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل ؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقين . وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية[١] .

٥٣٧ — التقادم : ـ التقادم المقصود هو مضى فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضى هذه الفترة تنفيذ العقوبة .

والتقادم المسقط للعقوبة مختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يسلمون به ، ومن يرونه مسقطا للعقوبة لا يجعلونه سبباً عاما مسقطا لكل عقوبة ، وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى : وهى تقوم على مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وتتلخص فى أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ ، وأن الجريمة لاتسقط مهمامضى عليها من الزمن دون محاكمة ، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير ، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضى مدة معينة ، كذلك فإن ولى الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ ـ شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ ـ المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢ .

حال ، وإذا لم يكن هناك نص يجيز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .

أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التعازير وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضرة .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة ، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم . وأبو حنيفة وأصحابه على هذا الرأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم[1] .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لأن شكوى المجنى عليه شرط لتحرك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ، أما ما عدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة

---

(١) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

بين أن يؤدى الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ [سورة الطلاق : ٢] و بين أن يتستر على الحادث لقوله عليه السلام :« من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هى التى حملته على الشهادة ، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته . و يؤ يد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته - أى عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر على عمر هذا القول فيكون إجماعا . ومن المستفاد من قول عمر أن الشهادة المتأخرة ثورت التهمة ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » - أى متهم - .

و إذا كانت الشهادة ترد أصلا للتهمة فالمنطق أن لا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض ، ولكن لما كانت التهمة أمرا خفينا غير متضبط ومن الصعب التحقق منه فى كل الأحوال فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد .

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم فى الجريمة كان من السهل أن يقولوا به فى العقو بة ؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أى : أن التنفيذ متمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم ، وإذا وجب عند الحكم أن لا تتقادم الجريمة فقد وجب أن لا يكون التقادم عند التنفيذ[١] .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً وفوض الأمر فيه للقاضى يقدره طبقاً لظروف كل حالة ؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً ، وقدره محمد بستة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٨ .

أشهر وذكر عنه أنه قدره بشهر وهو رواية عن ابى حنيفة وأبى يوسف . ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذى بنى عليه الحكم ، وأن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ، فإذا كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف[1] .

تم الجزء الأول بعون الله

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢ .

مراجع الكتاب

فى التفسير :

جامع البيان فى تفسير القرآن — لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى
الجامع لأحكام القرآن — لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى
مفاتيح الغيب — لمحمد الرازى فخر الدين
الكشاف عن حقائق التنزيل — للزمخشرى
الشهاب على البيضاوى — لشهاب الدين الخفاجى
روح المعانى — للسيد محمد الألوسى
تفسير المنار — للسيد محمد رشيد رضا

فى الحديث :

صحيح البخارى — الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية
التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول — الطبعة الأولى بمطبعة البابى الحلبى
نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار — لمحمد على الشوكانى مطبعة بولاق
عون البارى لحل أدلة البخارى — لابى صديق بن حسن بن على الحسينى مطبوع مع الكتاب السابق
زاد المعاد فى هدى خير العباد — لابن القيم الجوزية الطبعة الأولى بمطبعة صبيح
سبل السلام وهو شرح العلامة الصنعانى على متن بلوغ المرام للحافظ بن حجر العسقلانى

فى الأصول :

أصول الفقه — للشيخ محمد الخضرى — الطبعة الثانية
علم أصول الفقه — للشيخ عبد الوهاب خلاف — الطبعة الثانية
الإحكام فى أصول الأحكام — لابن حزم الأندلسى — الطبعة الأولى مطبعة السعادة
الإحكام فى أصول الأحكام — لسيف الدين أبى الحسن الآمدى — طبعة دار الكتب

المستصفى للغزالى الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية
فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور
مطبوع مع الكتاب السابق
رسالة الشافعى فى علم أصول الفقه الطبعة الأولى طبعة القبانى

فى مذهب مالك :

المدونة الكبرى رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
أحكام القرآن لأبى بكر بن عبد الله المعروف بابن العربى الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب الطبعة الأولى مطبعة السعادة
التاج والأكليل لمختصر خليل للمواق مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الزرقانى على مختصر خليل مطبعة محمد أفندى مصطفى
حاشية البنانى مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الخرشى على مختصر خليل الطبعة الثانية بمطبعة بولاق
حاشية العدوى مطبوع مع الكتاب السابق
المقدمات لابن رشد الطبعة الأولى مطبعة السعادة
بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الطبعة الأولى بالمطبعة الجمالية
الشرح الكبير للدردير المطبعة الأميرية
حاشية الدسوقى مطبوع مع الكتاب السابق
فتح العلى المالك للشيخ عليش الطبعة الأولى مطبعة التقدم العلميه
تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرجون
مطبوع مع الكتاب السابق

فى مذهب أبى حنيفة :

المبسوط لشمس الدين السرخسى مطبعة السعادة بمصر
كتاب الخراج لأبى يوسف
بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاسانى
الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية

شرح فتح القدير	لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار على الهداية	
		الطبعة الأولى المطبعه الأميرية
شرح العناية على الهدايه	لمحمد بن محمود البابرتى	مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية سعد جلبى		مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية الطهطاوى على الدر المختار		الطبعة الثالثة
حاشية رد المحتار على الدر المختار	لابن عابدين	المطبعة الأميرية
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق	للزيلعى	الطبعة الأولى المطبعة الأميرية
حاشية شهاب الدين الشلبى		مطبوع مع الكتاب السابق
الهداية شرح بداية المبتدى		لبرهان الدين أبى بكر المرغينانى
		الطبعة الأولى المطبعة الخيرية
البحر الرائق شرح كنز الدقائق	لابن نجيم	الطبعة الأولى
منحة الخالق على البحر الرائق	لابن عابدين	مطبوع مع الكتاب السابق
مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر	لشيخ زاده	
الأشباه والنظائر	لابن نجيم	مطبعة وادى النيل
إتحاف الإبصار والبصائر	محمد أبو الفتح	طبعة ١٢٨٩ هـ
تأسيس النظر	لابن عيسى الدبوسى	الطبعة الأولى
جامع الفصولين	لابن قاضى سماوه	الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية
أحكام القرآن		لأبى بكر الرازى الجصاص
		الطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية

فى مذهب الشافعى :

الأم	للامام الشافعى	الطبعة الأولى مطبعة بولاق
مختصر المزنى		مطبوع مع الكتاب السابق
أسنى المطالب شرح روض الطالب		لأبى يحيى زكريا الأنصارى
		الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنية

حاشية أبى العباس أحمد الرملى — مطبوعة مع الكتاب السابق

شرح البهجة لأبى زكريا الأنصارى — الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنية

حاشية ابن قاسم العبادى — مطبوع مع الكتاب السابق

الأحكام السلطانية — للماوردى — الطبعة الأولى مطبعة السعادة ومطبعة الوطن

الفتاوى الكبرى لابن حجر المكى — المطبعة الميمنية

فتاوى شهاب الدين الرملى — مطبوع مع الكتاب السابق

تحفة المحتاج بشرح المنهاج — لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى — طبعة ١٣١٩ هـ

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — لأبى العباس الرملى — الطبعة الأولى بمطبعة البابى الحلبى

حاشيه الشبراملسى — مطبوع مع الكتاب السابق

حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربى — « « « «

حاشية البيجرمى على منهج الطلاب — الطبعة الأولى مطبعة البابى الحلبى

المهذب — لأبى إسحق الشيرازى — الطبعة الأولى مطبعة البابى الحلبى

إحياء علوم الدين — للغزالى — الطبعة الأولى طبع لجنة نشر الثقافة

الوجيز — للغزالى — الطبعة الأولى مطبعة الآداب والمؤيد

فى مذهب أحمد بن حنبل :

المغنى على مختصر الخرقى — لمحمد عبد الله بن قدامة — الطبعة الأولى بمطبعة المنار

الشرح الكبير على متن المقنع — لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن قدامة — مطبوع مع الكتاب السابق

الإقناع لشرف الدين موسى الحجاوى — الطبعة الأولى المطبعة المصرية

مجموعة فتاوى ابن تيمية — مطبعه كردستان

الاختبارات العلمية لابن تيمية — مطبوع مع الفتاوى

أعلام الموقعين عن رب العالمين — لابن قيم الجوزية — مطبعة الكردى

الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية — « « « — « الآداب والمؤيد

إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان — « « « — « البابى الحلبى

الفروسية — « « « — « الأنوار

مجموعة الرسائل لابن تيمية		الطبعة الأولى مطبعة التقدم

كتب أخرى :

الكامل	لابن الأثير (تاريخ)	مطبعة بولاق
سيرة عمر بن الخطاب	لابن الجوزى	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
القصاص	لأحمد محمد إبراهيم	طبعة ١٣٦٣ — ١٩٤٤
الجنايات المتحدة	لرضوان شافعى المتعافى	المطبعة السلفية
فقه القرآن والسنة	لمحمود شلتوت	الجزء الأول مطبعة العلوم
مجلة القانون والاقتصاد		
طرق القضاة فى الشريعة الإسلامية	لأحمد إبراهيم بك	الطبعة الأولى المطبعة السلفية
طرق الإثبات الشرعية	« « «	« « مطبعة العلوم
القضاء فى الإسلام	لعطية مشرفة	« « « الاعتماد
الدية فى الشريعة الإسلامية	لعلى صادق أبو هيف	مطبعة على عنان

فهرست

تفصيـــل

رقم الفقرة | الموضوع | رقم الصفحة

الباب الأول

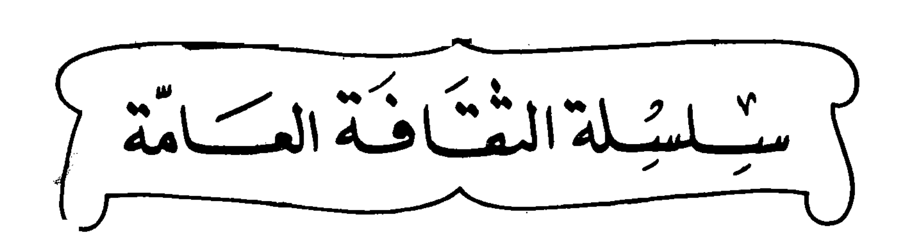
رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	رابعاً — من حيث العقوبة	
	المبحث الثانى — فى أدلة الأحكام الشرعية أو مصادر التشريع الجنائى	
١١٤	مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة	١٦٤
١١٥	مصادر التشريع الجنائى الإسلامى	
	الفرع الأول — فى القرآن	
١١٦	القرآن	١٦٥
١١٧	نصوص القرآن قطعية	
١١٨	دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية	١٦٦
١١٩	حجية أحكام القرآن	
١٢٠	أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة	
١٢١	أحكام الشريعة لا تتجزأ	١٧٠
١٢٢	ميزات الشريعة	١٧٢
	الفرع الثانى — فى السنة	
١٢٣	تعريف السنة	١٧٣
١٢٤	مركز السنة من القرآن	١٧٤
١٢٥	أنواع السنة بحسب روايتها	١٧٥
	(ا) السنة المتواترة	
	(ب) السنة المشهورة	
	(ج) سنة الآحاد	
١٢٦	هل السنن قطعية أم ظنية	١٧٦
١٢٧	حجية السنة	
١٢٨	هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعاً	١٧٧
	الفرع الثالث — فى الإجماع	
١٢٩	تعريف الإجماع	١٧٥

الباب الثانى

الركن المادى للجريمة

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصحيفة
٤٣١	المرحلة الأولى : انعدام الإدراك	٦٠١
٤٣٢	المرحلة الثانية : الإدراك الضعيف	٦٠٢
٤٣٣	المرحلة الثالثة : مرحلة الإدراك التام	
٤٣٤	علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ	
٤٣٥	عقوبة الصبى غير المميز	٦٠٤
٤٣٦	القوانين الوضعية والصبيان	٦٠٥
	الكتاب الثانى	
	فى العقوبة	
٤٣٧	منهج البحث	٦٠٨
	الباب الأول	
	فى العقوبة — مبادىء عامة	
٤٣٨	العقوبة والغرض منها	
٤٣٩	الأصول التى تقوم عليها العقوبة	
٤٤٠	نظرية الشريعة فى العقاب	٦١١
	تقسيم الجرائم إلى قسمين	
	١ — الجرائم الماسة بكيان المجتمع	
	٢ — الجرائم الأخرى	
	العلة فى اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع	
	علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية	
٤٤١	نظرية العقاب فى القوانين الوضعية	٦٢١
٤٤٢	بين الشريعة والقانون	٦٢٦
٤٤٣	شروط العقوبة	٦٢٩
	الباب الثانى	
	أقسام العقوبة	
٤٤٤	تقسيم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها	٦٣٢
	١ — العقوبات الأصلية	
	٢ — العقوبات البدلية	

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصحيفة
	العا	
	علة تحميل العاقلة الدية	
	هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم	
٤٧٣	ثالثا : الكفارة	٦٧٨
	على من تجب الكفارة	
	الصيام	
٤٧٤	رابعا : الحرمان من الميراث	٦٨٠
٤٧٥	خامسا : الحرمان من الوصية	٦٨١
	الفصل الثالث — فى عقوبات الكفارات	
٤٧٦	الكفارة	٦٨٣
	العتق	
	الإطعام	
	الكسوة	
	الصيام	
	الفصل الرابع — فى عقوبات التعازير	
٤٧٧	ماهية التعزير	٦٨٥
٤٧٨	الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات	٦٨٦
٤٧٩	أنواع التعازير	٦٨٧
٤٨٠	عقوبة القتل	
٤٨١	عقوبة الجلد	٦٨٩
	الحد الأعلى للجلد	
٤٨٢	الحبس	٦٩٤
٤٨٣	الحبس المحدد المدة	
٤٨٤	الحبس غير المحدد المدة	٦٩٧
٤٨٥	التغريب أو الإبعاد	٦٩٩



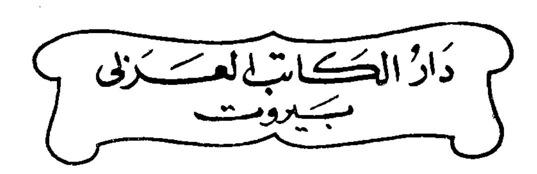
التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف

عبد القادر عوده

الجزء الثاني





بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقهه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهادياً ومعلماً ليهلك من هلك عن بيِّنة ويحيي من حيَّ عن بيِّنة .

و بعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادىء الإنسانية والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيراً .

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لاينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى ، واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى .

الباب الأول

فى

الجنـــــــايات

١ — *معنى الجناية* : الجناية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية للمصدر من بنى عليه شراً ، وهو عام . إلا أنه خص بما يحرم من الأفعال ، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة .

أما فى الاصطلاح الفقهى فالجناية اسم لفعل محرم شرعاً سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك . لـكن عرف الفقهاء جرى على إطلاق اسم الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهى القتل والجرح والضرب[1] .

وأكثر الفقهاء يتكلمون عن القتل والجرح والضرب تحت عنوان الجنايات متأثرين فى ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق اسم الجناية على هذه الأفعال[2] .

ولـكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هـذه الأفعال تحت عنوان الجراح[3] ناظرين إلى أن الجراحة هى أكثر طرق القتل والاعتداء على النفس والأطراف. كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء[4] ويجعلونه عنواناً لجرائم القتل والجرح

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٦ ، والزيلعى ج ٦ ص ٩٧ .

(٢) المرجعان السابقان وبدائع الصنائع ص ٢٣٣ . الإقناع ج ٤ ص ١٦٢ البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٢٩ .

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١ . المغنى ج ٩ ص ٣١٨ . الأم ج ٦ ص ١ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٠ — مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٠ .

والضرب . ناظرين فى ذلك إما إلى النتيجة الغالبة لهذه الجرائم وهى إراقة الدماء وإما إلى أن أحكام هذه الجرائم وضعت لحماية الدماء .

٢ — **أقسام الجناية** : ويقسم الفقهاء الجناية[1] على الآدمى إلى ثلاثة أقسام :

١ — جناية على النفس مطلقاً ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التى تهلك النفس أى القتل بمختلف أنواعه .

٢ — جناية على مادون النفس مطلقاً ، ويدخل تحت هذا القسم الجرائم التى تمس جسم الإنسان ولاتمس نفسه وهى الضرب والجرح .

٣ — جناية على ماهو نفس من وجه دون وجه . ويقصد من هذا التعبير الجناية على الجنين لأنه يعتبر نفساً من وجه ولايعتبر كذلك من وجه آخر . فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمى ، ولايعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، ويعبر عن هذه الجناية فى الاصطلاح القانونى الوضعى بالإجهاض .

٣ — وجرائم القتل والضرب والجرح قد تقع عمداً وقد تقع خطأ . ولكنها سواء كانت عمداً أو خطأ ليست فى الواقع إلا صوراً قانونية مختلفة لفعل واحد يقع على جسم المجنى عليه فالضرب بعصا قد لايحدث أثراً وقد يحدث شجة أو جرحاً . وقد يؤدى إلى موت المجنى عليه وقد يكون الضارب قاصداً مجرد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً متعمداً . وقد لايقصد الاعتداء فيكون فعله ضرباً أو جرحاً خطأ . فإذا مات المجنى عليه كان الضرب قتلاً عمداً إذا قصد الجانى القتل ، وكان قتلاً شبه عمد أى ضرباً مفضياً لموت إذا تعمد الجانى الاعتداء ولم يقصد القتل ، وكان قتلاً خطأ إذا لم يقصد الاعتداء أصلا . فالفارق بين هذه الصور المتعددة المختلفة هو نتيجة الفعل وقصد الجانى ، وهذا التصوير لجرائم القتل والجرح والضرب متحد فى الشريعة والقوانين الوضعية .

---

(١) يلاحظ أن معنى الجناية فى الشريعة يتفق مع معنى الجريمة فالفعل جناية ولو كان مخالفة أو جنحة أو أكثر جسامة منهما ولفظ الجناية فى الشريعة مخالف لمعنى هذا اللفظ فى القانون المصرى الذى يعتبر جناية كل فعل معاقب عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة أو السجن .

وتتفق أحكام جرائم القتل والجرح والضرب فى الشريعة الإسلامية مع أحكامها فى القوانين الوضعية فيما يختص بأركان الجريمة وصورها والأفعال المختلفة المكونة لها . ولا تكاد الشريعة تختلف عن القوانين إلا فى نوع العقوبة التى يقررها كل منهما لهذه الجرائم . بل إن القوانين حين تتناول هذه الجرائم تتناولها على نفس طريقة الشريعة فتجمعها فى باب واحد ، كما يتكلم عنها الشراح دفعة واحدة لشدة مابينها من اتصال وهو نفس مافعله فقهاء الشريعة فى شرح هذه الجرائم .

الفصل الأول
فى
القتـــــل

٤ — **تعريف القتل** : يعرف القتل فى الشريعة كما يعرف فى القوانين الوضعية بأنه فعل من العبـــاد تزول به الحياة[1] أى أنه إزهاق روح آدمى بفعل آدمى آخر .

والقتل فى الشريعة أصلا على نوعين : قتل محرم وهو كل قتل عدوان وقتل بحق وهو كل قتل لاعدوان فيه كقتل القاتل والمرتد . وبعض الفقهاء يقسم القتل من حيث الحل والحرمة إلى خمسة أقسام : واجب وهو قتل المرتد إذا لم يتب والحربى إذا لم يسلم أو يعط الأمان . محرم وهو قتـــل المعصوم بغير حق . مكروه وهو قتل الغازى قريبه الكافر إذا لم يسب الله ورسوله فإن سبهما لم يكره قتله . مندوب وهو قتل الغازى قريبه الكافر إذا سب الله ورسوله . مباح ومثله قتل المقتص وقتل الأسير على أن قتل الأسير كما

(١) تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

يرى البعض قد يكون واجباً إذا ترتب على عدم قتله مفسدة ومندوباً إذا كان فيه مصلحة بل يحتمل الوجوب مطلقا إذا ظهرت المصلحة[(١)] .

٥ — أقسام القتل: ويقسم الفقهاء القتل تقسيمات تختلف بحسب وجهة نظر كل منهم ويمكننا أن نستعرض هذه التقسيمات المختلفة فيما يأتى :

أولا : التقسيم الثنائى : يقسم بعض الفقهاء القتل إلى قتل عمد وقتل خطأ ولا وسط بينهما ، والقتل العمد عند هؤلاء هو كل فعل ارتكب بقصد العدوان إذا أدى لموت المجنى عليه سواء قصد الجانى القتل أو لم يقصده وبشرط أن لا يكون الفعل قد وقع على وجه اللعب أو مقصوداً به التأديب ممن له حق التأديب . والقتل الخطأ هو مالم يكن عمداً[(٢)] وهذا هو مشهور مذهب مالك[(٣)] .

ثانيا : التقسيم الثلاثى : يقسم معظم الفقهاء القتل ثلاثة أقسام[(٤)] :

(ا) عمد وهو ماتعمد فيه الجانى الفعل المزهق قاصداً إزهاق روح المجنّى عليه.

(ب) شبه عمد وهو ماتعمد فيه الجانى الاعتداء على المجنى عليه دون أن يقصد قتله إذا مات المجنى عليه نتيجة للاعتداء ويسمى شراح القوانين الوضعية هذا النوع من القتل بالضرب المفضى إلى الموت (حـ) قتل خطأ ويكون فى حالات أولها : إذا تعمد الجانى الفعل دون أن يقصد المجنى عليه كمن يرمى غرضاً فيصيب شخصاً وتسمى هذه الحالة الخطأ فى الفعل . وثانيها : إذا تعمد الجانى الفعل وقصد المجنى عليه على ظن أن الفعل مباح بالنسبة للمجنى عليه ولكن تبين أن المجنى عليه معصوم كمن يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو مسلم أو معاهد أو ذمى وتسمى هذه الحالة الخطأ فى القصد . وثالثها : أن لا يقصد الجانى الفعل ولكنه يقع نتيجة لتقصيره كمن يتقلب وهو نائم على آخر فيقتله . ورابعها : أن

---

(١) يراجع الجزء السابع من حاشية الشبراملسى مع نهاية المحتاج للرملى ص ٢٣٣ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب حـ ٦ ص ٢٤٠ .

(٣) حجة مالك وغيره فى التقسيم الثنائى ستأتى فيما بعد .

(٤) نهاية المحتاج حـ ٧ ص ٢٣٥ . المغنى حـ ٩ ص ٣٢٠ . الإقناع حـ ٤ ص ١٦٣ الزيلعى حـ ٦ ص ٩٧ .

يتسبب الجانى فى الفعل كمن يحفر حفرة فى الطريق فيسقط فيها أحد المارة ليلا وتؤدى السقطة لوفاته .

ثالثا : التقسيم الرباعى : ويقسم بعض الفقهاء القتل أربعة أقسام :

(١) عمد (٢) شبه عمد (٣) خطأ (٤) وماجرى مجرى الخطأ[١] .

والعمد وشبه العمد عند أصحاب هذا التقسيم لايختلفان عما هما عليه فى التقسيم السابق فالخلاف منحصر عندهم فى الخطأ لاغير .

والخطأ[٢] عند هؤلاء ما يكون فى نفس الفعل أو فى ظن الفاعل . فالأول أن يقصد الفعل ولا يقصد الشخص كمن يرمى صيداً فيصيب شخصاً . والثانى أن يقصد من يظنه مباح القتل كحربى أو مرتد فإذا هو معصوم[٣] .

أما ماجرى مجرى الخطأفنوعان : نوع هو فى معنى الخطأ من كل وجه وهو أن يكون القتل على طريق المباشرة كأن ينقلب النائم على إنسان فيقتله فهذا القتل فى معنى القتل الخطأ من كل وجه لوجوده عن غير قصد . ونوع هو فى معنى الخطأ من وجه واحد وهو أن يكون القتل عن طريق التسبب كمن يحفر حفرة فى طريق ولا يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع المارة ليلا من السقوط فيها فيسقط فيها شخص ويموت من سقطته[٤] .

وظاهر مما سبق أن هذا التقسيم لايختلف عن سابقه فى شىء إلا فى أنه يقسم ما اعتبره التقسيم السابق خطأ إلى قسمين : أحدهما : الخطأ ، والثانى : ماجرى مجراه .

رابعاً : التقسيم الخماسى : ويقسم بعض الفقهاء القتل خمسة أقسام :

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ . الشرح الكبير ج ٩ ص ٣١٩ .

(٢) « « ج ٧ ص ٢٣٤ . « ج ٩ ص ٣٣٣ .

(٣) الحربى هو المنتمى إلى دولة محاربة ، والمرتد هو المسلم الذى ترك دينه ، والمعصوم هو من لا يحل قتله ولم يهدر دمه .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ . والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٤ .

(١) عمد (٢) وشبه عمد (٣) وخطأ (٤) وما جرى مجرى الخطأ (٥) والقتل بالتسبب.

والفرق بين هذا التقسيم والتقسيم السابق أن أصحاب هذا التقسيم يفرقون بين الفعل المباشر والقتل بالتسبب ويجعلون الأخير قسماً مستقلا[١].

ويعزى التقسيم الخماسى إلى أبى بكر الرازى فقد أداه منطقه إلى اختراع هذا التقسيم حيث رأى أن الخطأ على ضربين . أحدهما خطأ : فى الفعل كأن يقصد رمى طائر فيصيب شخصاً . والثانى : خطأ فى القصد كأن يقصد إصابة من يظنه حربياً لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فيتبين أنه معصوم وإذا كان هذا هو الخطأ فإنه لاينطبق على فعل الساهى أو النائم لأن الفعل فى الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى القصد ، وفعل الساهى والنائم غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطأ كما أنه ليس فى حيز العمد أوشبه العمد ولما كان حكم فعل الساهى والنائم هو حكم الخطأ من حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جارياً مجراه .

كذلك لاحظ هذا الفقيه أن الفقهاء يلحقون بحكم القتل ما ليس بقتل فى الحقيقة لاعمداً ولا غير عمد وذلك نحو فعل حافر البئر وواضع الحجر فى الطريق إذا عطب به إنسان . وقال إن هذا ليس بقاتل فى الحقيقة إذ ليس له فعل فى قتل المجنى عليه لأن الفعل القاتل إما أن يكون مباشراً من الجانى أو متولداً عن فعله ، وليس من واضع الحجر وحافر البئر فعل فى العاثر بالحجر والواقع فى البئر لامباشرة ولامتولداً فلم يكن قاتلا فى الحقيقة وإنما يمكن اعتباره قاتلا بالتسبب[٢] .

هذه هى التقسيمات المختلفة للقتل ، وظاهر من استعراضها أن التقسيم الثنائى يختلف عن باقى التقاسيم فى أنه لايعترف بالقتل شبه العمد وأن الخلاف بين التقسيمات فيما عدا ذلك خلاف ظاهرى أدى إليه منطق الترتيب والتبويب

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ . تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٢٤٤ .

(٢) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

الدقيق . ولما كان التقسيم الثلاثى هو أشهر التقاسيم فسنجعله أساساً لبحثنا دون غيره خصوصاً وأنه يتفق مع التقسيم الذى سار عليه قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين الوضعية فقد قسم قانون العقوبات المصرى القتل إلى عمد وخطأ وضرب أفضى إلى الموت أى القتل شبه العمد .

المبحث الأول

فى

القتل العمد

٦ – القتل العمد هو مااقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجنى عليه أى أن تعمد الفعل المزهق لايكفى لاعتبار الجانى قاتلا متعمداً بل لا بد من توفر قصد القتل لدى الجانى فإذا لم يقصد الجانى القتل وإنما تعمد فقط مجرد الاعتداء فالفعل ليس قتلا عمداً ولو أدى لموت المجنى عليه وإنما هو قتل شبه عمد كما يعبر عنه فقهاء الشريعة وضرب أفضى إلى موت فى لغة شراح القوانين الوضعية .

٧ – و يعتبر القتل العمد فى الشريعة من أكبر الكبائر وأعظم الجرائم . وقد جاء القرآن والسنة بتحريمه وتعظيم شأنه وتحديد عقوبته .

تحريم القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل إنه كان منصوراً ﴾ [الإسراء آية: ٣٣] وقال : ﴿ والذين لايدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً ﴾ [سورة الفرقان آية : ٦٨] وقال : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً ﴾ [سورة الإسراء آية : ٣١] وقال : ﴿ قل تعالوا أتل ماحرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحساناً ولاتقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش

ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون ﴾ [الأنعام : ١٥١] ـ وقال جل شأنه : ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ [سورة المائدة : ٣٢]

عقوبة القتل من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص . فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] .

وإذا كانت هذه الآية تذكر أن هذا الحكم كتب على من قبلنا فليس ذلك بشىء لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يقم دليل على نسخه فضلا عن أن القرآن جاء بنص صريح فى أنه مكتوب علينا وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عُفِىَ له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم * ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون ﴾ [سورة البقرة ١٧٨ ـ ١٧٩] .

تحريم القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لايحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله . فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل » وقال : « من قتل نفسه بشىء من الدنيا عذب به يوم القيامة » وقال : « من أعان على قتل امرىء مسلم بشطر كلمة لقى الله مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله » .

وقال : « قتل المؤمن يعدل عند الله زوال الدنيا » وقال فى خطبة عرفات : « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هـــذا فى شهرى هذا فى مقامى هذا » .

عقوبة القتل من السنة : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه وجد فى قائم سيفه « إن أعدى الناس على الله القاتل غير قاتله والضارب غير ضاربه ومن تولى غير مواليه فقد كفر بما أنزل على محمد » وروى أنه قال: « من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلا أن يرضى ولى المقتول فمن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه لايقبل منه صرف ولاعدل» وقال: «العمد قود » وقال: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا فالقود و إن أحبوا فالعقل »

أركان جريمة القتل العمد

٨ — أركان جريمة القتل العمد فى الشريعة ثلاثة : أولها : أن يكون المجنى عليه آدمياً حياً . ثانيها : أن يكون القتل نتيجة لفعل الجانى ثالثها : أن يقصد الجانى إحداث الوفاة .

وهذه الأركان هى نفس أركان جريمة القتل العمد فى قانون العقوبات المصرى وغيره من القوانين الوضعية .

الركن الأول
القتيل آدمى حى

٩ ـ تقع جريمة القتل على النفس فهى بطبيعتها اعتداء على آدمى حى، ولذلك سماها الفقهاء بالجناية على النفس ، فلتحقق وقوع الجريمة يجب أن يكون المجنى عليه آدمياً وأن يكون على قيد الحياة وقت ارتـكاب جريمة القتل فمن أطلق مقذوفاً نارياً على حيوان حى فقتله فإنه لا يعتبر قاتلاً عمداً و إن كان يعتبر متلفاً لحيوان ، ومن شق بطن إنسان ميت أو فصل رأسه من جسمه بقصد قتله وهو

لا يعلم أنه ميت فإنه لا يعد قاتلا له لأن الموت لم ينشأ عن فعله ولأن الفعل كان بعد أن فارق الميت الحياة فاستحال قتله أو بتعبير آخر لا يعاقب الجانى على جريمة القتل العمد لاستحالة وقوعها ولـكنه يعاقب لأنه استحل حرمة ميت .

١٠ - ومن المتفق عليه أن الميت هو من خرج فعلا عن الحياة فإذا قتل شخص مريضاً فى حالة النزع فهو قاتل له عمداً لأنه أخرجه بفعله عن الحياة .

١١ - وإذا جنى شخصان على ثالث وكان فعل الأول يفضى إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل شق البطن ومزق الأمعاء فإذا قطع الثانى رقبته فالقاتل هو الثانى لأنه فوت حياة مستقرة أو ما هو فى حكم الحياة ، ويستدلون على ذلك بحادث عمر رضى الله عنه فإنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال : اعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه وهكذا ما دامت الحياة باقية يعتبر الثانى مفوتا لها ويكون هو القاتل كما لو قتل عليلاً لا يرجى له البرء[1] .

١٢ - أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجنى عليه من حكم الحياة كأن قطع حشوته أى قطع أمعاءه وانتزعها ثم جاء الثانى وذبحه فقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه الحالة ففريق يرى أن القاتل هو الأول إذا صير المجنى عليه إلى حركة مذبوح لأنه هو الذى صيره بفعله لحالة الموت ومن ثم أعطى حكم الأموات مطلقا والمفروض فيمن يصل لهذه الحالة أن يكون عاجزاً عن النطق فاقداً الإدراك والاختيار وإذا نطق بكلام منتظم فنطقه حركة مضطر كطلب الماء[2] .

ويرى الفريق الآخر أن القاتل هو الثانى لأن من قربت روحه من الزهوق

---

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٥ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٤٤ الشرح الـكبير جـ ٩ ص ٣٣٨ .

(٢) أصحاب هذا الرأى هم الحنفيون والشافعيون والحنابلة وبعض المالـكيين راجع المراجع السابقة .

يعتبر فى حكم الحياة ما دام لم يسلم الروح وهو يرث غيره وتصح الوصية له إذا مات الموصى قبله وإذا استطاع الكلام فأسلم اعتبر إسلامه وورثه أهله من المسلمين وهو على كل حال إما حى أو ميت ولا سبيل لغير هذين الاعتبارين، ولا يمكن القول بأنه ميت قبل أن يسلم الروح فهو إذن حى على مابه من إصابات فإذا فعل به أحد فعلاً عجل بموته فهو قاتل نفساً عمداً[1].

١٣ - والجنين فى بطن أمه لايعتبر آدمياً حياً من كل وجه، ويعبر عنه فى الشريعة بأنه نفس من وجه دون وجه فمن يعدم الجنين لايعتبر قاتلا له عمداً وإنما يعتبر مرتكباً لجريمة قتل من نوع خاص ويعاقب على فعله بعقوبة خاصة، وسنتكلم فيما بعد عن هذه الجريمة ويتفق القانون المصرى مع الشريعة فى هذا الاتجاه فمن يعدم جنيناً فى بطن أمه لا يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للقتل العمد فى المادة ١ / ٢٣٤ عقوبات وإنما يعاقب بالمادة ٢٦٠ عقوبات وما بعدها الواردة فى الباب الثالث من الكتاب الثالث والخاصة بإسقاط الحوامل.

١٤ - وليس لجنسية المجنى عليه أو دينه أو لونه أو سنه أو نوعه أو ضعفه أو صحته أى أثر على اعتباره مقتولا عمداً فيستوى أن يكون القتيل أجنبياً أو من رعايا دولة الجانى ويستوى أن يكون متدينا أو غير متدين يعتنق دين القاتل أو ديناً آخر ويستوى أن يكون أبيض أو أسود، عربياً أو أعجمياً، صغيراً أو كبيراً، ذكراً أو أنثى، ضعيفاً أو قوياً، مريضاً أو صحيحاً، ويستوى أن يكون مرضه بسيطاً أو عضالاً يتوقع له الموت أو يرجى له الشفاء، فمن يقتل إنسانا أيا كان فهو قاتل متعمد ولو كان طبيبا قصد أن يخلص القتيل من آلام مرضه المستعصى ...

١٥ - ووجود جثة القتيل ليس شرطا لاعتبار جريمة القتل واقعة، وليس

---

(١) من هذا الرأى أصحاب المذهب الظاهرى وبعض المالكيين. راجع مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٣، ٢٤٤ والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٥١٨.

شرطاً لقيام الدعوى ما دامت الأدلة قائمة على حصول واقعة القتل .

١٦ — ولا خلاف بين الشريعة وقانون العقوبات المصرى فيما سبق . ولا يشترط القانون المصرى لتوفر هذا الركن أكثر مما بسطناه . ولكن الشريعة الإسلامية تشترط فوق ما سبق أن يكون القتيل معصوما أى غير مهدر الدم .

١٧ — والعصمة أساسها فى الشريعة : الإسلام والأمان ويدخل تحت الأمان عقد الجزية والموادعة والهدنة وعلى هذا يعتبر معصوما المسلم والذمى ومن بينه و بين المسلمين عهد أو هدنة ومن دخل أرض الدولة بأمان ولو كان منتمياً لدولة محاربة ما دام الأمان قائماً و يعتبر الإذن بالدخول أماناً حتى تنتهى مدة الإذن . فهؤلاء جميعاً معصومون أى لا تباح دماؤهم ولا أموالهم و إذا قتل أحدهم كان قاتله مسؤولا عن قتله عمداً إن تعمد قتله وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد[1] .

أما أبو حنيفة فيرى أن العصمة ليست بالإسلام و إنما يعصم المرء بعصمة الدار ومنعة الإسلام وبالأمان فأهل دار الإسلام معصومون بوجودهم فى دار الإسلام و بمنعة الإسلام المستمدة من قوتهم وجماعتهم وأهل دار الحرب غير معصومين لأنهم محاربون ، وإن كان فيهم مسلم فلا يعصمه إسلامه حيث لا منعة له ولا قوة[2]

والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى بقية الأئمة أن قتل المسلم فى دار الحرب لا عقاب عليه لأنه غير معصوم كما يرى أبو حنيفة وعندهم يعاقب على قتله لأنه معصوم النفس محقون الدم بإسلامه فقط ولا عبرة بوجوده فى دار الحرب .

١٨ — وإذا كان أساس العصمة الإسلام والأمان فإن العصمة تزول

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ . تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠ المغنى ص ٤٧٦ ، ٦٠٦ وما بعدها ج ١٠ ، والإقناع ج ٤ ص ١٧٣ المغنى ج ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٧ .

بزوال الأساس الذى قامت عليه فالمسلم يصبح مهدر الدم بردته وخروجه عن الإسلام والمستأمن والمعاهد يصبح مهدر الدم بانتهاء أمانه ونقضه عهده ، ولاعصمة أصلا لرعايا الدولة المحاربة ويسمى الفرد منهم حربياً اصطلاحاً ، والحربى مهدر الدم أصلا إلا إذا استأمن فأمن فإنه يعصم عصمة موقوتة بمدة أمانة وإلا إذا عقدت دولته عهدا ينهى حالة الحرب مؤقتاً أو دخلت فى الذمة فإنه يصبح معصوماً بعقد الموادعة أو عقد الذمة .

١٩ — وكما تزول العصمة بالردة وبانتهاء الأمان فإنها تزول بارتكاب بعض الجرائم وهى على وجه الحصر: الزنا من محصن وقطع الطريق والقتل العمد . كذلك تزول العصمة على رأى أبى حنيفة[1] بارتكاب جريمة البغى وهى الخروج على أنظمة الدولة وقوانينها والثورة على القائمين بالأمر فيها ، ويسمى الثائرون بغاة وسنفصل القول فيما يأتى عن كل جريمة من هذه الجرائم[2] .

٢٠ — ويترتب على زوال العصمة أن يصبح الشخص مهدر الدم أى مباح القتل فإذا قتله آخر لا يعتبر قاتلا لأن قتل المهدر لا يعتبر جريمة من حيث فعل القتل إذ الفعل مباح ولكن لما كان قتل المهدرين من شؤون السلطات العامة وموكولا إليها فإن قتل الأفراد لهم يعتبر اعتداء على السلطات العامة ومن ثم يعاقب قاتل المهدر باعتباره مرتكباً لجريمة الافتيات على السلطات العامة لا باعتباره قاتلا وهذا هو الراجح فى المذاهب الأربعة[3]

---

(١) يرى أبو حنيفة وأصحابه أن البغاة غير معصومين ويخالفه فى ذلك مالك والشافعى وأحمد ويقولون إنهم معصومون إلا فى حالة الاشتباك مع أهل العدل وهم الفريق الآخر من الأمة الذى خرج عليه البغاة .

(٢) يحسن بالقارىء أن يرجع إلى ما كتبناه عن هذا الموضوع فى الجزء الأول من كتابنا حيث تكلمنا عنه بتوسع .

(٣) الأصل فى الشريعة الإسلامية أن من ارتكب جريمة حوكم عليها فإن ثبتت عليه حكم عليه بالعقوبة المقررة للجريمة وإن لم تثبت حكم ببراءته مما نسب إليه ، وإذا حكم عليه بالعقوبة =

٣١ — الحربى : هو من ينتمى لدولة محاربة والإجماع على أنه مهدر الدم فلا يعاقب قاتله باعتباره قاتلاً عمداً وإنما يعاقب لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملاً مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربى إطلاقاً إن قتل فى ميدان الحرب أو قتل دفاعاً عن النفس فى غير ميدان الحرب وفى هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية

أما إذا قتل الحربى فى ميدان الحرب لغير مقتض كأن ضبط فى أرض الوطن أو استؤسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما فلا يؤاخذ القاتل طبقاً

= تولى تنفيذها ولى الأمر أو نائبه ومن المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد ـ أى العقوبات المقررة لجرائم الحدود ـ إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى أى حق الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة ولأن الحد مفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً فى إقامة الحد لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » .

لكن إذن الإمام واجب فى إقامة الحد فما أقيم حد فى عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد فى عهد الخلفاء إلا بإذنهم (المهذب ثان ص٢٨٧) ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « أربع إلى الولاة : الحدود . والصدقات . والجمعيات . والفىء » ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ـ وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للامام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف أى إذا كان الحد قتلا أو قطعاً وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد فى الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يخلف عنهما . والفرق بين الحالين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة مالم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

للشريعة باعتباره قاتلاً لأن الحربى مباح الدم أصلا كما قلنا لحرابته فضبطه أو أسره لا يعصمه ولا يغير من صفته كحربى ومن ثم يبقى دمه مباحاً بعد الضبط أو الأسر فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية عن قتل مباح باعتبار فعل القتل وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة . هذا هو حكم الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلاً عمداً ويعاقب عليه على هذا الاعتبار ولكن الذى يحدث عملاً أن الحاكم تقدر ظروف الجانى والمجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان ، فالنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية من وجهة تقرير عقوبة على فعل الجانى وأن الخلاف واقع فى تصوير الجريمة تصويراً قانونياً فالقوانين تعتبرها قتلاً والشريعة ترى فيها اعتداء على السلطة العامة وكما أن القوانين تعطى للقضاة حق تخفيف العقوبة لظروف الجانى والجناية فإن الشريعة تجيز لولى الأمر أن يرتفع بعقوبة التعزير إلى القتل ، وجريمة الاعتداء على السلطة العامة من جرائم التعازير فيستطيع أولياء الأمور إن شاءوا أن يشددوا عقوبتها فى بعض الحالات دون البعض الآخر .

٢٢ - **المرتد** : هو المسلم الذى غير دينه فلا يعتبر غير المسلم مرتداً إذا غير دينه ، ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة[1] فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

---

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين : أولهما : أنه كان معصوما بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدراً وأساس العصمة بالإسلام قوله عليه الصلاة والسلام : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله وأنى رسول الله فإن قالوها فقد عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله عز وجل» .

ثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس» ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» وعقوبة الحد فى الشريعة لا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها فيعتبر الجانى مهدراً لوجوب تنفيذ العقوبة فإذا نفذها عليه أى شخص فقتله فقد قتل مهدراً بحد من حدود الله مباح القتل كما لو قتل زانيا محصناً .

قاتلا عمداً ، سواء قتله قبل الاستتابة[١] أم بعدها لأن كل جناية على المرتد هدر ما دام باقياً على ردته .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل فى ذاته وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الأربعة[٢] إلا أن فى مذهب مالك رأيا مخالفا[٣] يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد يجب استتابته فهو بعد ردته كافر فمن قتله فقد قتل كافراً محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال لأنه هو الذى يرث المرتد فكأن أصحاب هذا الرأى يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصمونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفى لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته وأن الكفر لا يعصم صاحبه ، ولكن الذى يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

وتختلف القوانين الوضعية عن الشريعة الإسلامية فى أنها لا تعاقب على تغيير الدين ويرجع الخلاف إلى الأساس الذى قام عليه كل منهما فالقوانين الوضعية قامت على أساس لا دينى فاقتضى منطقها أن لا يعاقب على تغيير الدين ، والشريعة الإسلامية أساسها الدين الإسلامى فاقتضت طبيعتها العقاب على تغيير الدين الذى أسست عليه .

وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها

---

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة القتل على المرتد أن يستتاب ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يتب قتل حداً .

(٢) راجع البحر الرائق ج ٥ ص ١٢٥ والإقناع ج ٤ ص ٣٠١ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) راجع الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٧١ .

فلم ينص على عقاب المرتد ، وعدم النص لا يعنى أن الردة مباحة ولاعقاب عليها لأن الردة جريمة معاقب عليها بالقتل حداً طبقا لنصوص الشريعة التى لاتزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية كما بينا ذلك فى الجزء الأول من هذا الكتاب عند الكلام على الركن الشرعى للجريمة فمن يقتل الآن مرتداً لا يعاقب على قتله لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة واستعمل حقا من الحقوق التى قررتها له الشريعة[1] .

٢٣ — ارتكاب جريمة من جرائم الحدود عقوبتها القتل : إذا ارتكب شخص جريمة من جرائم الحدود المقدرة حقا لله تعالى عقوبتها القتل أصبح مهدراً وزالت عصمته بارتكابه هذه الجريمة لأن محل الجريمة حد من حدود الله ، والحدود فى الأصل واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتمل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ ، وتزول العصمة من يوم ارتكاب الجريمة لامن يوم الحكم بعقوبتها لأن أساس زوال العصمة هو إتيان الجريمة وليس الحكم بالعقوبة فالزنا من محصن عقوبته الرجم أى القتل ، فإذا أتاه شخص أصبح مهدراً بمجرد ارتكاب الجريمة ، فإذا قتله آخر فقد قتل شخصاً مباح القتل ولايعاقب على جريمة القتل ما دام أنه يستطيع إثبات وقوع الزنا بالأدلة المقررة لإثبات الزنا فإذا عجز اعتبر قاتلا وعوقب بالعقوبة المقررة للقتل العمد ، على أنه لا يعفى من العقاب إطلاقا إذا أثبت الزنا لأنه يعتبر مفتاتا على السلطات العامة التى اختصت نفسها بتنفيذ العقوبات فيمكن أن يعاقب بعقوبة الافتيات على السلطات العامة .

ومثل الزنا من محصن جريمة قطع الطريق المعاقب عليها بالقتل أو القتل والصلب فإن مرتكبها تزول عصمته بارتكابها و يصبح مهدر الدم فمن قتله لايعاقب على قتله و إنما يعاقب فقط على افتياته على السلطات العامة .

وليس فى جرائم الحدود المقدرة حقاً لله مايعاقب عليه بالقتل إلا الزنا من محصن

---

(١) راجع ما كتبناه عن استعمال الحق وأداء الواجب فى الجزء الأول من هذا الكتاب.

وقطع الطريق والردة وقد تكلمنا عن الردة فى الفقرة السابقة .

٢٤ - ارتكاب جريمة القتل المعاقب عليها بالقصاص : يعتبر القتل قصاصاً حداً من حدود الله . ولكنه حد مقدر حقاً للافراد وليس حقاً مقدراً لله أى للجماعة ومن ثم فرقنا بينه وبين جرائم الحدود المقدرة حقاً لله كالزنا والردة وقطع الطريق .

والقتل الذى يستوجب القصاص من القاتل يزيل عصمة القاتل ويجعله مهدراً من وقت ارتكاب الجريمة إهداراً نسبيا مطلقاً، فهو مهدر فقط بالنسبة لأولياء القتيل ولكنه معصوم بالنسبة لغيرهم، فإذا قتله أحد ولاة دم القتيل فلا يعتبر قاتلاً عمداً لأن لأولياء القتيل فى الشريعة حق استيفاء القصاص من القاتل إذا كان القتل ظلماً وعدوانا تحقيقا لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ أما إذا قتله من ليس وليا للقتيل فإنه يعتبر قاتلا عمداً لأن القاتل الأول معصوم الدم بالنسبة للقاتل الثانى ، وقد فصلنا الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الأول من هذا الكتاب بمناسبة الكلام على استعمال الحق وأداء الواجب

٢٥ - البغى : هو الثورة أو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق المشروع أو بالقوة ، ويسمى الداعون له بغاة ، كما يسمى الفريق المؤيد للحالة القائمة أهل العدل ، والبغاة أمرهم مختلف فيه . فيرى مالك والشافعى وأحمد[١] أنهم معصومون إلا فى حالة الحرب بينهم وبين أهل العدل ، وفى حالة مهاجمتهم لأهل العدل ، أو الاعتداء على أموالهم ، ويرى أبو حنيفة[٢] أن البغاة غير معصومين فى أى حال وأن دمهم يهدر وعصمتهم تزول بالبغى . وطبقا لهذا الرأى لا يعاقب قاتل الباغى بعقوبة القتل العمد ، وإنما يعاقب باعتباره مفتتاتا على السلطات العامة ، هذا إذا قتله فى غير حرب ، أما القتل فى حالة الحرب فلا يعتبر جريمة باتفاق الفقهاء وطبقا لرأى مالك والشافعى وأحمد يعتبر قاتل الباغى

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ . المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ . الإقناع ج ٤ ص ٢٩٣

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ . البدائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

قاتلاً عمداً إذا قتله فى غير حرب أو حيال أى دفاع عن النفس

٣٦ - ولايزيل العصمة ارتكاب أية جريمة أخرى معاقب عليها بالقتل مادامت العقوبة لاتجب حداً أو قصاصاً . لأن لولى الأمر فى غير جرائم الحدود والقصاص حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة[1] ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما وكل عقوبة غير محتمة لاتزيل العصمة ولا تهدر الجانى حتى ولو حكم بهـــا لأن من الجائز أن يعفـــو ولى الأمر عن العقـــوبة فى اللحظة الأخيرة .

---

(١) ليس لولى الأمر حق العفو فى جرائم القصاص ، ولكن لأولياء الدم حق العفو بمقابل أو بغير مقابل . وبالرغم من تقرير هذا الحق لأولياء الدم واحتمال عفوهم حتى اللحظة الأخيرة فإن الجانى يعتبر مهدر الدم لأولياء الدم حتى يعفوا ، فإن عفوا أو عفا أحدهم عاد معصوم الدم كما كان قبل ارتكاب الجريمة وقد يظن أن هناك تناقضا بين حكم هذه الحالة وحكم الجرائم التى لولى الأمر حق العفو فيها ، ففى جرائم القصاص يعتبر الجانى مهدر الدم من وقت ارتكاب الجريمة مع أن لولى الدم حق العفو ، وفى الجرائم التى يملك ولى الأمر فيها حق العفو يعتبر الجانى معصوم الدم إلى وقت تنفيذ العقوبة ، والواقع أنه لا تناقض اصلا ، لأن العقوبة من حق الجماعة لا من حق الأفراد ، وولى الأمر يعتبر ممثل الجماعة ، وقد اقتضت المصلحة العامة حرمان ممثل الجماعة من حق العفو فى جرائم القصاص ، تحقيقا للعدل والمساواة وحفظاً للدماء ، كما اقتضت المصلحة العامة التعجيل فى تنفيذ العقوبة ، فأصبحت عقوبة القصاص بهذا لازمة واجبة التنفيذ من وقت وقوع الجريمة ، واقتضى هذا النظر اعتبار الجانى مهدرا ، فإهدار دم الجانى فى جرائم القصاص اقتضته المصلحة العامة ، أما العقوبات التى يجوز فيها عفو ولى الأمر ، فإن تقرير العفو فيها استوجبته المصلحة العامة أيضا ، فوجب تحقيقاً لهذه المصلحة أن يعتبر الجانى معصوماً مادام العفو ممكناً لأن العقوبة لا تعتبر لازمة ولا واجبة التنفيذ حتما مادام العفو محتملا ، فالإهدار فى جرائم القصاص استوجبته المصلحة العامة ، والعصمة فى غيرها اقتضتها المصلحة العامة ، وليلاحظ فوق هذا أن ولى الأمر حـــين يعفو إنما يعفو عن حق الجماعة وهو حق عام ، وأن ولى الدم حين يعفو عن حقه فى القصاص إنما يعفو عن حقه وهو حق خاص ، ولا يمكن أن نرتب على العفو عن حقين مختلفين فى طبيعتهما نتائج واحدة .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى هذه النقطة ، حيث تعتبر القوانين الجانى معصوما ولو حكم عليه بالإعدام ، ولـكنها تخالف الشريعة فى تعميم هـذا الحـكم بالنسبة لـكل الجرائم وأساس هذا الخلاف أن جرائم الحدودوالقصاص فى الشريعة لا تقبل العفو ولا تحتمل الإمهال والتـأخير فى تنفيذ العقوبة . فاقتضى هذا اعتبار مرتـكب الجريمة المعاقب عليها بالقتل مهدراً من يوم ارتـكاب الجريمة لأن من الواجب توقيع العقوبة عليه فوراً ، ولأن العقوبة لازمة محتمة ، أما القوانين الوضعية فتجيز العفو فى كل الجرائم ومن ثم كانت العقوبة فيهـــــاغير لازمة حتما كما هو الشأن فى الشريعة فى غير جرائم الحدود والقصاص،وقداقتضى هـذا المنطق اعتبار الجانى معصوما حتى بعد صدور الحـكم عليه بالإعـــــدام لجواز العفو عنه

٢٧ — وقت العصمة : لمعرفة وقت العصمة أهمية كـبرى ، لأن تحديد مسؤولية الجانى يتوقف على معرفة حال المجنى عليه ، فإن كان معصوما . فالجانى مسؤول عن قتله ، وإن كان مهدراً فلا مسؤولية .

وقد اختلف فى تحديد وقت العصمة ، فأبو حنيفة يرى أن وقت العصمة هو وقت الفعل لا غير فإن كان المجنى عليـــــه معصوما وقت الفعل ، فالجانى مسؤول عن فعله وإلا فلا ، فإذا جرح مسلماً يقصد قتله ثم ارتد المجروح بعـد الجرح ومات وهو مرتد فإن الجارح لا يسأل عن القتل ، وإنما يسأل فقط عن الجرح الذى أحدثه فى معصوم ، وحجته أن مسؤولية الجانى عن القتيل لا تجب بفعل الجانى وإنما تجب بحدوث القتل فعلا ، وفعل الجانى لا يصبح قتلا إلا بفوات حياة المقتول ، وقد فاتت حياة المقتول فى وقت لم يكن فيه معصوما ، فـكان القتل هدراً .

ويرى أبو يوسف ومحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت جميعاً وحجتهما أن للفعل تعلقا بالقاتل والمقتول لأنه ـ فعل القاتل وأثره ـ يظهر فى المقتول بفوات الحياة ، فلابد من اعتبار العصمة فى الوقتين جميعاً ، والظاهر

أنه لا فرق بين رأى أبى حنيفة ورأيهما إذا اعتبرنا حجة أبى حنيفة ، لأنه استند فى حجته إلى وقت الموت ونفى مسئولية الجانى عن القتل على أساس أن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت أن أصبح الفعل قتلا ، أى وقت موت المجنى عليه فكأنه بهذا ينظر إلى وقت الفعل ووقت الموت معا ، وهذا نفس مايقول به أبو يوسف ومحمد .

ويرى - زفر - أن وقت العصمة هو وقت الموت لا غير .

ويختلف أبو حنيفة مع أبى يوسف ومحمد فى تحديد وقت العصمة عند الرمى فيرى أبو حنيفة أن وقت العصمة هو وقت الرمى لا وقت الإصابة ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن وقت العصمة هو وقت الإصابة لا وقت الرمى ، وحجة أبى حنيفة أن مسئولية الجانى تترتب على فعله ، ولا فعل منه غير الرمى ، ولا يدخل فى قدرته غيره ، فيصير قاتلا به إذا كان المجنى عليه معصوما عند الرمى ، وحجتهما أن العبرة بوقت التلف وهو وقت الإصابة ، فإن حصل التلف فى محل معصوم استحق الجانى العقوبة وإن كان المحل غير معصوم وقت التلف فلاعقوبة وعلى هذا لو رمى شخص آخر برصاصة ، فارتد المجنى عليه بعد الرمى وقبل أن يصاب فالجانى مسئول عند أبى حنيفة لأن المجنى عليه كان معصوما وقت الرمى وأما عندهما فهو غير مسئول لأن المجنى عليه لم يكن معصوما وقت الإصابة[1] .

ويرى أصحاب مالك والشافعى وأحمد ، أن وقت العصمة هو وقت الفعل ووقت الموت ، ولكن الفقهاء فى المذاهب الثلاثة يختلفون فى تحديد وقت العصمة حالة الرمى ، فيرى بعضهم أنه وقت الرمى ، ويرى البعض الآخر أنه حالة الإصابة[2] .

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٢٦ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٣ .
(٢) مواهب الجليل ج٦ ص ٢٤٤ . المغنى ج ٩ ص ٣٤٢ وما بعدها .

وقد وضح فقهاء المذهب الشافعى قاعدة لتغير حال المجنى عليه بين العصمة والإهدار فقالوا :

«إن كل جرح وقع أوله غير مضمون لا ينقلب مضمونا بتغير الحال فى الانتهاء وما ضمن فيهما يعتبر قدر الضمان فيه بالانتهاء» فإذا جرح شخصا حربيا أو مرتداً ثم أسلم الحربى أو المرتد ومات من جرحه بعد إسلامه فلا مسؤولية على الجارح لأن الجرح وقع غير مضمون ، أى وقع على مهدر ، فلا جريمة فى فعله ، وإذا جرح مسلما فارتد بعد الجرح ثم مات من جرحه فلا يسأل الجانى إلا عن الجرح والنفس هدر ، لأن الفعل أصبح قتلا أثناء الردة ، وقتل المرتد لاعقوبة عليه ، ولو قتله مباشرة بعد الردة لم يكن مسؤولا عن قتله ، ويرى البعض أنه لا يسأل حتى عن الجرح من باب أولى مادام غير مسؤول عن النفس[1]

الركن الثانى

القتل نتيجة لفعل الجانى

٣٨ ـ فعل يحدث من الجانى ـ يشترط لتحقق هذا الركن أن يحدث القتل بفعل الجانى ، وأن يكون من شأن هذا الفعل إحداث الموت ، فإن كان القتل نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجانى أو لم يكن فعل الجانى مما يحدث الموت فلا يمكن اعتبار الجانى قاتلا .

٣٩ ـ نوع الفعل : ولا يشترط أن يكون الفعل من نوع معين لاعتباره قتلا . فيصح أن يكون ضرباً أو جرحاً أو ذبحاً أو حرقاً أو خنقاً أو تسميماً

---

(١) نهاية المحتاج ص ٢٦٤ وما بعدها .

أو غير ذلك ، ويصح أن يقع الفعل من الجانى مرة واحدة ، ويصح أن يقع على التوالى فى مدة طالت أو قصرت .

٣٠ ـ أداة الفعل ووسيلته ـ ولما كان العرف قد خصص لكل آلة استعمالا ، ولكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدثه أو يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل بغيرها ، ولما كانت الوسائل والأدوات القاتلة تختلف اختلافاً بينا فى قوتها وضعفها وأوجه استعمالها وتأثيرها على الجسم وتأثر الجسم بها ، فقد رأى اكثر الفقهاء أن يرتبوا على اختلاف طبائع هذه الوسائل وآثارها ، اختلاف أحكامها وشروطها . وسنبين فيما يلى آراء الفقهاء المختلفة .

٣١ ـ رأى مالك : ولا يشترط الإمام مالك شروطاً خاصة فى الفعل القاتل أو فى أداة القتل فعنده « أن كل ما تعمده الإنسان من ضربة بلطمة أو بلكزة أو ببندقية أو بحجر أو بقضيب أو بغير ذلك . كل هذا قتل عمد ، إذا مات فيه المجنى عليه » ، « وأن هناك أشياء يتعمد الإنسان فعلها مثل : الرجلين يصطرعان فيصرع أحدهما صاحبه أو يتراميان بالشىء على وجه اللعب أو يأخذ أحدهما برجل الآخر على حال اللعب ، فيسقط فيموت من هذا كله ، فهذا هو القتل الخطأ ولا يكون قتلا عمداً لأن الجانى تعمده على وجه اللعب ، فإذا تعمده على وجه القتال والغضب فصرعه فمات ، أو أخذ برجله فسقط فمات فهو قتل عمد[1] » .

هذا هو نص المدونة ، وظاهر منه أنه لا يشترط فى الفعل القاتل أو أداة القتل شروطاً خاصة ، فاللطمة وهى لا تقتل غالباً ولا كثيراً تعتبر قتلا عمداً إذا مات منها المجنى عليه ، وكذلك الضرب بالقضيب أى العصا والأخذ برجل المجنى

---

(١) راجع مدونة الإمام مالك ج ١٦ ص ١٠٨ ـ العبارات التى وضعت بين قوسين هى نص المدونة مع تصرف اقتضاه ربط العبارات .

عليه ومصارعته وقذفه بحجر كبير أو صغير ، ولا يشترط لاعتبار كل هذا قتلا عمداً إلا أن يتعمد الجانى الفعل على وجه العدوان ولو لم يقصد القتل .

ولكن بعض فقهاء المالكية بالرغم من ذلك يعرفون القتل العمد بأنه إتلاف النفس بآلة تقتل غالباً أيًا كان نوعها ، أو بإصابة المقتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق[1] ، وظاهر من هذا التعريف أنهم يرون أن تكون آلة القتل مما يقتل غالباً .

ويرى البعض الآخر أن الفعل يعتبر قتلا عمداً سواء كانت أداة القتل مما يقتل غالبا كالسيف ، أو مما لا يقتل غالباً كالعصا ، وكل ما يشترطونه لاعتبار القتل عمداً أن لا يكون الفعل قد وقع بقصد اللعب أو التأديب[2] ، وهذا الرأى هو الذى يتفق مع ما يقول به مالك من تقسيم القتل إلى عمد وخطأ فقط لأن الفعل إما أن يكون عمداً أو خطأ ، ولا يمكن اعتبار القتل بآلة لا تقتل غالباً كالعصا قتلا خطأ مع تعمد الجانى الفعل وقصده القتل

٣٢ - رأى الشافعى وأحمد : ويشترط الإمامان الشافعى وأحمد أن يكون القتل مما يقتل غالباً ، ولو كانت الأداة مثقلا لا يجرح[3] ، فإن لم تكن الأداة قاتلة غالباً فالقتل ليس عمداً و إنما شبه عمد

وأدوات القتل على ثلاثة أنواع : نوع يقتل غالباً بطبيعته كالسيف والسكين والرمح والإبرة المسممة والبندقية والمسدس وعمود الحديد والعصا الغليظة ، ونوع يقتل كثيراً بطبيعته ولا يقتل غالباً ، كالسوط والعصا الخفيفة ، ونوع يقتل نادراً بطبيعته كالإبرة غير المسممة واللطمة واللكزة .

وما يقتل كثيراً أو نادراً بطبيعته قد يقتل غالباً فى بعض الظروف . كمرض المجنى عليه أو صغره أو لوقوع الإصابة فى مقتل ، ولمعرفة ما إذا كانت الأداة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .
(٣) المثقل ما ليس له حد يجرح ولا سن يطعن كالعصا والحجر

من هذين النوعين ، تقتل غالبا أم لا ، يجب أن لا ننظر إلى الأداة وحدها مجردة عن كل ظرف آخر ، بل علينا أن ننظر إلى الأداة و ينظر معها إلى صورة الفعل وظروفه وإلى حال المجنى عليه وموقع الفعل من جسمه وأثر الفعل فيه .

فإذا كانت الأداة تقل غالبا مع إدخال أحد هذه العناصر أو كلها فى الحساب فالفعل قتل عمد ، و إذا كانت الأداة لا تقتل غالباً مع النظر إلى أى عنصر من هذه العناصر فالفعل قتل شبه عمد ، فمثلا السوط أداة عدوان ، والعصا الخفيفة كذلك والضرب بأيهما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً ، ولكن تعدد الضربات وموالاتها يقتل غالباً ، والضرب بأيهما فى الحر الشديد والبرد الشديد يقتل غالباً وضرب الصغير والعجوز والمريض والضعيف بالسوط والعصا الخفيفة يقتل غالباً والضرب بهما فى مقتل كالبطن يقتل غالباً ، وكذلك الضرب فى غير مقتل إذا أدى إلى الموت فى الحال ، أو ترك آثاراً وآلاماً انتهت بالموت ، و إذا كانت أداة القتل لا تقتل إلا نادراً كالإبرة غير المسممة ، فإنها تعتبر مما يقتل غالباً إذا بولغ فى إدخالها فى غير مقتل ، أو إذا غرزت فى مقتل كالحلق والخاصرة والمثانة أو فى مكان حساس أو إذا أدى غرزها إلى الموت فى الحال ، والموت فى الحال مختلف فيه ، فيرى البعض أنه قتل عمد ، و يراه البعض أنه شبه عمد، لأن المفروض أن الآلة لا تقتل غالبا وما دامت الإصابة فى غير مقتل ، وليس فى ظروف الفعل أو صورته ، أو حال المجنى عليه ما يجعل الفعل قاتلا فى الغالب . أو ترك آلاما وآثاراً انتهت بالموت[١] .

٣٣ - رأى أبى حنيفة : و يشترط الإمام أبو حنيفة فى أداة القتل أكثر مما يشترطه الإمامان الشافعى وأحمد ، فهو يشترط مثلهما أن تكون أداة القتل

---

(١) راجع فى مذهب الشافعى نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ وما بعدها وحاشية البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٣٠ وما بعدها ، وتحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ ومابعدها ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٧ وما بعدها - راجع فى مذهب ابن حنبل المغنى ج ٩ ص ٣٢١ وما بعدها والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها والإقناع ج ٤ ص ١٦٣ وما بعدها .

مما يقتل غالبا ، ويشترط أكثر منهما أن تكون الأداة مما يعد القتل ، ولا يغنى عنده الشرط الأول عن الأخير ، والآلة المعدة للقتل عنده ، هى كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد لها مور فى الجسم ، سواء كانت من الحديد أو النحاس أو الخشب أو غير ذلك كالسيف والسكين والرمح والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء فى الجرح والطعن كالنار والزجاج والمروة والرمح الذى لاسنان له ونحو ذلك . وهناك رواية أخرى عن أبى حنيفة بأن الأداة المعدة للقتل هى ما كانت من الحديد ولو لم تكن جارحة أو طاعنة كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس ، ويلحق بالحديد ما هو فى معناه كالرصاص والنحاس وغيرهما من المعادن .

فعلى هذه الراوية العبرة بالحديد وما هو فى حكمه سواء جرح أو لم يجرح وعلى الرواية السابقة ، العبرة بالجارح أو الطاعن ، سواء كان من حديد أو غير حديد وهى الراوية الراجحة .

فإذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ، وكانت معدة للقتل كالسيف أو البندقية ، فالفعل قتل عمد فى رأى أبى حنيفة ، أما إذا كانت الآلة مما يقتل غالبا ولكنها ليست جارحة ولا طاعنة فالفعل قتل شبه عمد فى رأيه ، ولو كانت الآلة مدققة مكسرة كالخشبة الكبيرة والحجر الثقيل . والصور الآتية لاتعتبر فى رأى أبى حنيفة قتلاً عمداً ، ولو كانت نية الضارب منصرفة للقتل وإنما هى فى رأيه قتل شبه عمد .

١ — أن يقصد الجانى القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو باطمة مما لا يقتل غالبا وبشرط أن لا تتوالى الضربات . وذلك لأن الأداة لا تقتل غالبا . ولأنها غير معدة للقتل ، ولكن هذه الصورة تعتبر قتلا عمداً عند مالك دون شرط ، وتعتبر قتلا عمداً عند الشافعى وأحمد إذا كانت صورة الفعل أو ظرفه أو حال المجنى عليه أو موقع الإصابة وأثرها فى جسمه مما يجعل الأداة قاتلة غالبا .

٢ — أن يقصد الجانى القتل بما لا يقتل غالباً مع موالاة الضربات حتى يموت

المجنى عليه فهذه الصورة لا تعتبر قتلا عمداً عند أبي حنيفة ، لأن أداة القتل لا تقتل غالبا ، ولأنها غير معدة للقتل ، أما عند مالك والشافعى وأحمد فهى قتل عمد ، وقد اعتبرها مالك عمداً لمجرد تعمد الفعل بقصد العدوان ، أما الشافعى وأحمد فقد اعتبرا هذه الصورة قتلا عمداً ، لأن موالاة الضرب حتى الموت تجعل أداة القتل قاتلة غالبا ويكفى عندهما كما قدمنا أن تكون الأداة قاتلة غالبا ليكون الفعل قتلا عمداً .

٣ ـ أن يقصد الجانى القتل بمثقل يقتل غالبا ، أى بأداة ثقيلة ليست جارحة ولا طاعنة . كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الغليظة وما أشبه ، وهذه الصورة أيضا لا تعتبر عند أبى حنيفة قتلا عمداً لأن الأداة وإن كانت تقتل غالبا إلا أنها ليست مما يعد للقتل .

ولكن مالكا والشافعى وأحمد يعتبرون هذه الصورة من صور القتل العمد ويأخذ أبو يوسف ومحمد من فقهاء مذهب أبى حنيفة رأى الأئمة الثلاثة فيعتبران هذه الصورة قتلا عمداً مخالفين رأى أبى حنيفة، ورأيهما هو الراجح فى المذاهب[1] .

على أن موافقة أبى يوسف ومحمد للأئمة الثلاثة ، لا تعنى الأخذ برأى أحدهم وترك رأى صاحبهما أبى حنيفة، فإنهما قد وافقا الأئمة الثلاثة على تمسكهما بقاعدة أبى حنيفة وهى اشتراط أن تكون الآلة مما يقتل غالبا وأن تكون معدة للقتل ، وكل ما فى الأمر أنهما اعتبرا المثقل أداة معدة للقتل على اعتبار أن المثقل يستعمل غالبا فى القتل فأصبح بهذا الاستعمال أداة قاتلة ، وما دام المثقل أداة تقتل غالبا ومعدة للقتل فالقتل به قتل عمد على شرط أبى حنيفة ، وهكذا اتفاقهما مع الأئمة الثلاثة نتيجة لمخالفة أبى حنيفة فى اعتبار المثقل أداة معدة للقتل، لا نتيجة للأخذ برأى أحد من الأئمة الثلاثة .

٣٤ ـ أساس الخلاف بين مالك والفقهاء الثلاثة : أساس الخلاف أن

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ـ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، والزيلعى ج ٦ ص ٩٨ .

مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد ، ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ . فمن زاد قسماً ثالثا زاد على النص ، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، ولم ينص على غيرهما فقال تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين تو بة من الله وكان الله عليماً حكيما . ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ [النساء ٩٢ ـ ٩٣] .

والقتل العمد عند مالك هو : كل فعل تعمده الإنسان بقصد العدوان فأدى للموت أيا كانت الآلة المستعملة فى القتل، أما ما تعمده على وجه اللعب أو التأديب فهو قتل خطأ إذا لم يخرج الفعل عن حدود اللعب والتأديب المعروفة وكان بآلة اللعب والتأديب المعدة لها ، فإن خرج عن ذلك فهو قتل عمد .

ومن طبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ أن يكتفى بتعمد الجانى الفعل على وجه العدوان دون النظر إلى الآلة المستعملة فى القتل ، لأن اشتراط شروط فى الآلة كأن تكون قاتلة غالباً أو معدة للقتل . يقتضى أن تكون كل الأفعال المتعمدة التى تحصل بآلة لا تقتل غالبا كالعصا الخفيفة والسوط ، فلا خطأ حتى مع تعدد الضرب وموالاته . كما يقتضى أن تكون الأفعال المتعمدة التى تحصل بما لم يعد للقتل كإسقاط حائط على إنسان ، أو إلقائه من شاهق . أو ضربه بعصاغليظة قتلا خطأ ، وهذا ما لم يقل به أحد قط ، فطبيعة تقسيم القتل إلى عمد وخطأ هى التى اقتضت من مالك أن لا يشترط فى الآلة القاتلة أى شرط، وسواء كانت الآلة تقتل غالبا أم تقتل كثيراً أو نادراً . فالقتل عمدٌ ما دام الفعل عمدا و بقصد العدوان ، بل إن هذا التقسيم اقتضى أن لا يشترط حتى قصد القتل ، لأن اشتراطه يخرج بكثير من حالات العمد و يجعلها خطأ ، وهى ليست كذلك

٣٥ ـ أما بقية الأئمة فيرون أن القتل عمد وشبه عمد وخطأ ، وحجتهم فى شبه العمد حديث الرسول : « ألا إن فى قتيل الصوت . . . الحديث » فاقتضت منهم طبيعة هذا التقسيم أن يفرقوا بين نوعين من الأفعال المتعمدة هما : القتل العمد والقتل شبه العمد . وقد استعانوا فى التفرقة بين هذين النوعين بمميز صالح للتمييز هو قصد القتل ، فإذا قصد الجانى القتل ، فالفعل قتل عمد ، وإذا لم يقصده فهو قتل شبه عمد ، لكنهم وجدوا أن القصد أمر داخلى يتعلق بنية الجانى وقلما يطلع الآخرون عليه ، وأن وجوده يكون دائماً مشكوكاً فيه ما لم يدل عليه دليل خارجى فإذا وجد هذا الدليل الخارجى زال الشك ، ومن ثم رأوا أن قيام قصد القتل فى نية الجانى لا يكفى وحده لثبوته ، واشترطوا لاعتبار القصد ثابتاً أن يكون من ثبوته دائماً عن طريق الوسيلة أو الآلة التى ارتكبت بها الجريمة لأنها تعبر عن نية الجانى وقصـــده من الجريمة ، ولأنها هى الدليل الخارجى الظاهر على نية الجانى ولما أرادوا تحديد هذا الدليل الخارجى اختلفوا : فرأى الشافعى وأحمد أن الدليل على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالبا . ورأى أبو حنيفة أن الدليل الخارجى على قصد القتل هو استعمال آلة أو وسيلة تقتل غالباً على أن تكون الآلة والوسيلة مما يعد للقتل .

٣٦ ـ **كيف يثبت قصد القتل ؟** ـ ويخلص مما سبق أن قصد القتل يثبت من وجهين : أولا ـ عن طريق الآلة المستعملة فى الجريمة . ثانياً ـ عن طريق الأدلة العادية كالاعتراف ، وشهادة الشهود . ولكن لا يمكن أن يعتبر القصد ثابتا بأى حال مالم يثبت قصد القتل عن الطريق الأول ، لأن كل إثبات يجىء عن الطريق الثانى يعتبر مشكوكا فيه حتى يزول الشك بثبوت القصـد عن طريق الآلة أو الوسيلة المستعملة فى القتل .

واعتبار القصد الجنائى ثابتا باستعمال آلة قاتلة ليس قرينة قاطعة ولا دليلا غير قابل للنفى ، فيجوز للجانى أن يثبت أنه لم يستعمل الآلة القاتلة بقصد القتل فإذا استطاع إثبات دفاعه ، انتفى وجود قصد القتل واعتبر الفعل قتلا شبه عمد

٣٧ - أساس الخلاف بين الشافعي وأحمد وبين أبي حنيفة : - أما الخلاف بين الشافعي وأحمد من جهة وبين أبي حنيفة من جهة أخرى فأساسه اختلاف وجهة النظر في تحديد معنى القتل العمد فأبو حنيفة يرى أن عقوبة القتل العمد عقوبة متناهية في الشدة ، وهذا يستدعي أن تكون جريمة العمد متناهية في العمد، بحيث يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « العمد قود » فشرط العمد مطلقاً من كل قيد والعمد المطلق هو العمد الكامل من كل وجهة ، أو هو العمد الذي لا شبهة فيه ، فلا يعتبر العمد كاملا مع قيام الشبهة ووجودها ، ذلك أن الفرق بين العمد وشبه العمد هو قصد القتل فقط ، فيجب أن يكون القصد بحيث لا شبهة فيه ، والشبهة لا تكون إذا كان القتل بآلة تقتل غالباً ومعدة للقتل ، لأن استعمال هذه الآلة يظهر بجلاء قصد الجاني بحيث لا يدخله الاحتمال ولا الشبهة ، فما كان هكذا اعتبر العمد فيه كاملا من كل وجه وكان قتلاً عمداً ولهذا اعتبر أبو حنيفة القتل بضربة أو ضربتين على قصد القتل قتلا شبه عمد ، ولم يعتبره قتلا عمداً ، لأن الضربة أو الضربتين مما لا يقصد به القتل عادة ، بل يقصد به التأديب والتهذيب عادة ، فكان هذا الاعتبار شبهة في القصد، والقتل العمد لا يعتبر موجوداً مع قيام الشبهة في القصد ، وكذلك اعتبر الموالاة في الضرب بقصد القتل قتلا شبه عمد إذا أدى الضرب للموت ، لأنه يحتمل حصول القتل بضربة أو ضربتين على سبيل الاستقلال دون حاجة إلى الضربات الأخر، والقتل بضربة أو ضربتين لا يكون عمداً كما تبين مما سبق لاحتمال أن الضربة والضربتين قصد بها التأديب والتهذيب ، والقاعدة عند أبي حنيفة أنه إذا جاء الاحتمال ، جاءت الشبهة ، ، وإذا جاءت الشبهة امتنع القول بتوفر قصد القتل وبالتالي بتوفر القتل العمد .

أما في المثقل . فيرى أبو حنيفة أن استعمال آلة تقتل غالباً ولكنها غير معدة للقتل هو في ذاته دليل على عدم القصد ، لأن الأصل عنده ، أن كل فعل يحصل

بالآلة المعدة له . فإذا حدث بآلة لم تعد له احتمل أن الفاعل لم يقصد هذا الفعل بالذات وهذا الاحتمال شبهة ، والشبهة تمنع القول بالقتل العمد .

٣٨ - **أما الشافعي وأحمد** : فمن رأيهما أن الاكتفاء بأن تكون الآلة قاتلة غالباً أيا كان نوعها . لأنها إذا كانت كذلك فهي بذاتها دليل على توفر قصد القتل وانتفاء قصد التأديب والتهذيب ، فإذا انضم هذا إلى وجود قصد القتل في نية الفاعل ، كان العمد كاملاً لا شبهة فيه ، ووجب اعتبار الفعل قتلا عمداً .

وعلى هـــذا الأساس اعتبرا الضربة والضربتين بعصا خفيفة قتلا عمداً إذا كانت الآلة تقتل غالباً الظروف المجني عليه أو الفعل أو غير ذلك ، كما أنهما اعتبرا الموالاة في الضرب قتلا عمداً . لأن الموالاة تجعل الآلة قاتلة غالباً ، واعتبرا الضرب بالمثقل قتلا عمداً لأنه يقتل غالباً فكان استعماله دليل القصد إلى القتل ، فإذا انضم هذا إلى أصل القصد الكامن في نية الجاني ، كان العمد كاملا لا شبهة فيه .

٣٩ - **خلاف أبي يوسف ومحمد لأبي حنيفة** : - خالفاه في المثقل واعتبرا القتل به قتلا عمداً ، بينما اعتبر أبو حنيفة القتل بالمثقل قتلا شبه عمد كما بينا ، وحجتهما أن الضرب بالمثقل مهلك غالباً ، وأنه لا يستعمل في الضرب إلا بقصد القتل ، فجعله هذا الاستعمال أداة معدة للقتل ، ومن ثم كان استعماله باعتباره آلة تقتل غالباً ومعدة للقتل دليلا على قصد القتل كاستعمال السيف ، ووجب اعتبار الفعل قتلا عمداً لانتفاء الشبهة في القصد ولوجود العمد كاملا[1] .

٤٠ - **بين الشريعة والقانون** : - لا تفترق آراء شراح القوانين كثيراً عن آراء الفقهاء التي عرضناها فشراح القوانين يفرقون كما يفرق الفقهاء بين الفعل القاتل ووسيلة القتل ، ويشترط الشراح عموماً في القتل الموقوف أو الخائب الأثر أن تكون الوسائل المستخدمة فيه مما يحدث الموت ، لأن تخلف هذا الشرط يجعل الجريمة مستحيلة الوقوع بالوسيلة التي استخدمها الجاني .

---

(١) راجع بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ والبحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٨ .

٤١ ـ ويختلف الشراح فيما إذا كانت وسيلة القتل لاتحدث القتل غالباً ، وكانت تحدثه فى الكثير أو النادر ، كمن يلطم آخر أو يلكزه أو يضربه بعصا رفيعة ، أو يجرحه فى غير مقتل وهو قاصد قتله . فيرى البعض وهم أصحاب النظرية المستحيلة أن الفعل إذا لم يؤد للوفاة لا يعتبر شروعاً فى قتل عمد . لأن نية القتل عندهم لا تكفى وحدها لاعتبار القتل عمداً ، بل يجب أن تكون أداة القتل من شأنها إحداث القتل ـ أى مما يقتل غالبا ـ لأن الجرح والضرب قد يقتل كثيراً أو نادراً وليس هذا شأن اللطم واللكز والضرب الخفيف والجرح فى غير مقتل وعلى هذا الأساس ، يعتبرون الضرب والجرح فى هذه الحالة ضرباً عادياً .

ويرى البعض الآخر أن مثل هذه الأفعال يصح أن تكون شروعاً فى قتل لأنها تؤدى غالباً للموت إذا تكرر وقوعها أى مع موالاة الضرب والجرح أو تعدد الإصابات ، ورأى الفريق الأول يتفق مع رأى أبى حنيفة فى الضرب البسيط وضرب الموالاة ، كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد فى الضرب بالمثقل ، لأنهم ينظرون إلى طبيعة أداة القتل دون نظر إلى تعدد الفعل وظروفه وحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه ، أما رأى الفريق الثانى فيتفق تماما مع رأى الشافعى وأحمد ومن باب أولى مع رأى مالك . ويلاحظ أن نفى الاتفاق فيما يختص بأداة القتل فقط لا فيما يختص بالمسئولية عن الفعل .

٤٢ ـ أما إذا أعقب الضرب والجرح البسيط حدوث الموت ، فعامة الشراح فى فرنسا على أن الفعل يعتبر ضرباً أفضى إلى الموت إذا أمكن القطع بأن الوفاة نشأت عن الضرب والجرح . أما إذا كان من المرجح أن مرض المجنى عليه السابق على الواقعة أو التالى لها ، أو إهماله العلاج هو الذى سبب الموت ، فلا يسأل الجانى إلا عن الضرب فقط دون الموت ، ولو أن المجنى عليه لم يمت إلا على أثر الضرب أو الجرح لأن الموت فى نظر هؤلاء الشراح لم يكن نتيجة مباشرة لفعل الجانى . أى أن فعل الجانى لم يكن السبب المنتج ، بل هو سبب

عارض فقط ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع رأى أبى حنيفة فى القتل العمد عموما كما يتفق مع رأى أبى يوسف ومحمد فى مسألة المثقل[١].

٤٣ ـ الأفعال المتصلة بالقتل : ـ والأفعال التى تتصل بالقتل لا تعدو فعلا من ثلاثة فهى : إما مباشرة وإما سبب وإما شرط والتمييز بين هذه الأفعال ضرورى للتمييز بين القاتل وغير القاتل[٢].

٤٤ ـ المباشرة : ـ ويعرف الفقهاء المباشرة بأنها ما أثر فى التلف وحصله أى ما جلب للموت بذاته دون واسطة وكان علة له كالذبح بسكين ، فإن الذبح يجلب الموت بذاته . وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكالخنق فإنه متلف بذاته للمجنى عليه ، وهو فى الوقت نفسه علة تلفه ـ أى ما أتلف المجنى عليه وكان علة تلفه .

٤٥ ـ ويعرفون السبب: بأنه ما أثر فى التلف ولم يحصله ، أى ما كان علة للموت ولكنه لم يحصله بذاته وإنما بواسطة كشهادة الزور على برىء بالقتل فإنها علة للحكم عليه بالإعدام ، ولكنها لاتجلب بذاتها الإعدام وإنما الذى يجلبه فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ الحكم ، وكذلك حفر بئر وتغطيتها فى طريق المجنى عليه بحيث يسقط فيها ويموت من سقطته .

والسبب على ثلاثة أنواع : ـ ١ حسى : كالإكراه ، فإنه يولد فى المكره داعية القتل .

٢ ـ شرعى : كشهادة الزور على القتل ، فإنها تولد فى القاضى دواعى الحكم بالإعدام .

٣ ـ ما يولد المباشرة توليداً عرفياً لا حسياً ولا شرعياً كتقديم الطعام المسموم إلى الضيف ، وحفر بئر وتغطيتها فى طريق القتيل .

---

(١) راجع أحمد بك أمين ص ٣٠٩ . والموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٦٨٥ ، ٦٨٧ .
(٢) راجع نهاية المحتاج ، ج ٧ ص ٢٤٠ ـ الوجيز ج ٢ ص١٢٢ ومابعدها للامام الغزالى

فإن حفر البئر علة للموت ولكن الحفر ليس هو الذى أمات المجنى عليه ، وإنما السقطة هى التى أماتت ، والسبب يشبه المباشرة من وجه ، فكلاهما علة للموت فمعنى ذلك أن الفعل المباشر المؤدى للموت يتولد عن السبب .

٤٦ ـ **الشرط** ـ هو مالا يؤثر فى التلف ولا يحصل بل يحصل التلف عنده بغيره و يتوقف تأثير ذلك الغير عليه ، أى هو مالا يكون علة للموت ولا يجلب الموت ، أو هو كل فعل لم يتلف المجنى عليه ، ولم يكن علة فى تلفه ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر متلفاً أو علة فى التلف ، ولولا وجوده ما كان لهذا الفعل الآخر ذلك التأثير ، ومثل ذلك أنْ يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث بغير غرض للقتل ، فيموت الثانى ، فإن ماأثر فى التلف وحصله هو الإلقاء لا حفر البئر ، ولكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له الأثر الذى حدث لولا وجود البئر .

٤٧ ـ **المسؤولية عن المباشر والمتسبب والشرط** ـ صاحب الشرط لا مسؤولية عليه إطلاقاً لأن فعله ليس علة الموت ولم يؤد للموت ، لا بالذات ولا بالواسطة ، أما صاحب المباشرة وصاحب السبب فكلاهما مسؤول عن فعله لأنه علة للموت وأدى إليه بالذات أو الواسطة فيستوى بذلك لدى الفقهاء أن يكون القتل العمد مباشرة أو تسببا إذ لا عبرة بالفرق الظاهر بين المباشرة والسبب ، و إذا كان فعل الجانى مباشرة سمّى القتل قتلا مباشراً و إذا كان سبباً سمّى القتل قتلا بالتسبب .

٤٨ ـ **قدرة المجنى عليه على دفع أثر المباشرة والتسبب** ـ ويدق الأمر فى تحديد المسؤولية إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل الجانى ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية بحكم هذه الحالة :

١ ـ إذا كان الفعل مهلكاً والدفع غير موثوق به كترك معالجة الجرح اعتبر القاتل قاتلا ولا عبرة بترك العلاج .

٢ ـ إذا كان الفعل غير مهلك والدفع موثوق به كمن ألقى آخر فى ماء قليل فبقى مستلقيا فيه حتى نام أو تصلبت أطرافه من البرد فإن الفاعل لا يعتبر

قاتلا ، إذ الموت نتيجة لبقاء المجنى عليه فى الماء وليس نتيجة إلقائه فيه ، ويختلف الفقهاء فى تطبيق هذا المبدأ ، فالشافعية يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى مات لا يسأل من فصده عن القتل ، والحنفية يرون أنه مسؤول ، لأنه أحدث الجرح الذى أدى إلى الوفاة وأن الدفع لم يكن موثوقا به[١] .

٣ - إذا كان الفعل مهلكا والدفع سهل كما لو ألقى من يحسن السباحة فى ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص فى نار قليلة يستطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، ففى هذه الحالة خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل لأن الإلقاء فى الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ، ولأن أعصاب الملقى فى النار تتشنج بإلقائه فى النار فتعسر عليه الحركة ، ولأن العادة ألا يستسلم الناس للموت فيكون القتل نتيجة للإلقاء ، ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلا مادام المجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل والخروج من النار فبقى فيها مختاراً[٢] وأسباب الخلاف هو اختلاف وجهة النظر فى تصور حال المجنى عليه ، فلو علم قطعا أنه بقى مختاراً فالملقى لا يعتبر قاتلا بلا خلاف ، ولو علم قطعا أنه لم يكن مختاراً فى بقائه فالملقى قاتل دون خلاف .

٤٩ - ولا يشترط الفقهاء أن يكون القتل العمد حاصلا بيد الجانى مباشرة ، فيستوى عندهم فى القتل العمد أن يكون مباشرة أو تسببيا ، فإذا ذبح الجانى المجنى عليه بسكين فهو قاتل عمداً ، وإذا أعد الجانى وسائل الموت وهيأ أسبابه للمجنى عليه فهو قاتل عمداً ، ولو كان الموت معلقا على ظرف معين أو على مشيئة المجنى عليه فيعد قاتلا عمداً من يحفر بئراً فى طريق المجنى عليه ويسترها عن نظره ، أو جسراً فى طريقه ولو كان المرور فى الطريق معلقا على ظرف خاص أو على مشيئة المجنى عليه ، وهكذا فى غير ذلك من الصور مادام الفعل يحدث الموت بذاته ، أو مادام بين الفعل والموت رابطة السببية[٣] .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٢٦

(٢) راجع الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ - المغنى ج ٩ ص ٣٣٢ ومابعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

٥٠ - رأى لأبى حنيفة - وأبو حنيفة كبقية الفقهاء لا يفرق بين القتل المباشر والقتل بالتسبب ويعتبر كليهما قتلا عمـــداً ولـكنه يجعل عقوبة القصاص للقتل المباشر ويدرؤها عن القاتل بالتسبب ويجعل بدلا منها الدية ، وحجته فى هذا أن عقوبة القتل العمد هى القصاص ، ومعنى القصاص المماثلة ، والقصاص فى ذاته قتل بطريق المباشرة ، فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتلا بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل ، فمن حفر بئرا ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه لأن الحفر سبب القتل ولـكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر بأنه ارتـكب جريمة عقوبتهـــا القتل فحـكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة لا يقتص منه لأن الشهادة وإن كانت سبب الحـكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد إلى إعدام المشهود عليه مباشرة[١] .

٥١ - تعدد المباشرة والسبب : - وإذا كان الجانى واحداً كان فعله إما مباشرة أو تسببا إذا كان فعلا واحداً ، فإذا تعددت أفعال الجانى أو تعدد الجناة تعددت تبعا لذلك أفعال المباشرة والتسبب ، وقد تـكون الأفعال جميعها مباشرة وقد تكون جميعها تسببا ، وقد يكون بعضها مباشرة وبعضها تسببا

٥٢ - اجتماع مباشرتين فأكثر : - إذا تعددت أفعال الجانى المبـــاشرة فسواء كانت كلها قاتلة إذا انفردت أو بعضها فقط هو القـاتل ، وسواء وقعت مجتمعة أو متعاقبة فالجانى مسؤول عن القتل العمد مادام فعـــله أو أفعاله من شأنها إحداث الموت ومادام أنها قد أدت إليه فعلا .

أما إذا كانت الأفعال المباشرة من أشخاص متعددين فالحـكم يختلف بحسب ما إذا كانت قد وقعت منهم مجتمعين متمالئين أو وقعت منهم على التعاقب، وقبل الـكلام على هاتين الحالتين يجب أن نعرف أولا معنى التمالؤ .

٥٣ - التمالؤ : - الأصل فى التمالؤ هو قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩

بمدينة صنعاء امرأة غاب عنها زوجها وترك فى حجرها ابناً له من غيرها يقال له أصيل فاتخذت المرأة بعد زوجها خليلا ، فقالت له إن هذا الغلام يفضحنا فاقتله ، فأبى فامتنعت عنه فطاوعها ، فاجتمع على قتل الغلام خليل المرأة ورجل آخر والمرأة وخادمها فقتلوه ثم قطعوه أعضاء وألقوا به فى بئر ، ولما ظهر أمر الحادث وفشا بين الناس أخذ أمير اليمن خليل المرأة فاعترف ثم اعترف الباقون ، فكتب إلى عمر بن الخطاب بخبر ما حصل ، فكتب إليه عمر أن اقتلهم جميعاً ، وقال : « والله لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا » .

وروى عن على أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا ، وعن ابن عباس قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف فكان قتل الجماعة بالواحد إجماعا لأنه عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة ، كعقوبة القذف للواحد على الجماعة فضلا عن أن القصاص لا يتبعض ، فلو سقط بالاشتراك لأدى ذلك إلى التسارع إلى القتل وضاعت حكمة الوضع والزجر .

ومع أن الأئمة الأربعة يسلمون بأن الجماعة تقتل بالواحد إلا أنهم اختلفوا فى معنى التمالؤ ، فأبو حنيفة يرى أن التمالؤ هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بحيث يجتمعون على ارتكاب الفعل فى فور واحد دون سابقة من تدبير أو اتفاق ، ويأخذ بهذا الرأى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد كما هو الظاهر (١) . ولا يرتب أبو حنيفة على التمالؤ نتيجة ما فإذا لم يكن فعل الجانى قاتلا فلا أثر للتمالؤ عليه .

ويرى مالك أن التمالؤ يعنى الاتفاق السابق على ارتكاب الفعل والتعاون على ارتكابه ، وأن التوافق على الاعتداء لا يعتبر تمالؤاً ، ويأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء مذهب الشافعى ومذهب أحمد ولكنهم يخالفون مالكا فى أنهم

---

(١) ـ الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ ـ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ ـ والمغنى الجزء ٩ ص ٣٦٦ ـ والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ وما بعدها ـ والمهذب ج ٢ ص ١٨٦ .

لا يعتبرون متمالئا إلا من اشترك فى ارتكاب الفعل بصفته فاعلا له [١] .

أما مالك فيعتبر متمالئاً كل من حضر الحادث وإن لم يباشر الفعل إلا أحدهم أو بعضهم ، لكن بحيث إذا لم يباشره هذا لم يتركه الآخر فهو يعتبر متمالئاً كل من حضر ولو كان ربيئة أى رقيباً بشرط أن يكون مستعداً لتنفيذ ما اتفقوا عليه [٢] .

٥٤ ـ القتل المباشر على الاجتماع : ـ من المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أنه إذا قام جماعة بقتل شخص فى فور واحد بأن توافقت إراداتهم على القتل وقت الحادث فقط دون اتفاق سابق ، فإن كلا منهم يعتبر قاتلا عمداً له إذا كان فعل كل منهم يمكن تميزه وكان على انفراده له دخل فى إحداث الموت كأن جرحه كل منهم جرحاً أو جراحاً قاتلة لها دخل فى زهوق روحه ، ولا عبرة بالتفاوت بين الجناة فى عدد الجراح وفحشها ، فإذا أحدث أحدهم جرحا والآخر عشرة وإذا أحدث أحدهم جرحاً فاحشاً وأحدث الآخر جرحاً أقل فحشا فكل منهم مسؤول عن القتل العمد مادام قد أحدث جرحا له دخل فى إحداث الوفاة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له فى الزهوق فلا يعتبر قاتلا وإنما يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ، والعبرة بقول الخبراء فى كون الفعل له دخل فى الزهوق أم لا ، فمن قرر الخبراء أن لفعله دخلا فى الزهوق فهو قاتل عمداً ومن قرروا أن فعله لا دخل له فى الزهوق فهو جارح أو ضارب .

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف المزهق من غير المزهق فهم جارحون أو ضاربون ولا يسألون عن القتل لأن الجرح والضرب هو المتيقن منهم وهذا هو رأى الأئمة ما عدا مالكاً ، ويرى بعض فقهاء الحنفية مسؤوليتهم جميعاً عن القتل إذا لم تتميز أفعالهم [٣] .

(١) ـ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ ـ وتحفة المحتاج ج ٤ ص ١٤ ، ١٥ ـ وحاشية البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٤٠ والاقناع ج ٤ ص ١٧٥

(٢) ـ المراجع السابقة (٣) ـ حاشية ابن عابدين ٤٩٠

وإذا كان فعل كل منهم منفرداً لا دخل له فى الزهوق ولكن أفعالهم مجتمعة أدت إليه ، فيرى بعض الشافعية أن كلا منهم يعتبر قاتلا عمداً .

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى فى حكم لها قضت فيه بأنه متى كان الثابت أن كلا من المتهمين قد ضرب القتيل وأن ضربته ساهمت فى إحداث الوفاة كان كل منهم مسئولا عن الوفاة ولو لم يكن بينهم اتفاق سابق ، ولو كانت الضربة الحاصلة من أحدهم ليست بذاتها قاتلة فإذا كان الثابت أن كلا منهم قد قصد القتل كان مسئولا أيضا عن جناية القتل [١] .

ولا يرى البعض ذلك وهو متفق مع مذهب أبى حنيفة وأحمد [٢] .

أما مالك فيرى أنه إذا لم تتميز الضربات أو تميزت سواء تساوت أو اختلفت ، ولكن لم يعلم عن من أحدثت ضربته الموت ، فهم جميعاً قاتلون إذا ضربوه عمداً عدوانا ، وفى المذهب يرى سقوط القصاص وإحلال الدية محله إذا لم تتميز الضربات ولم يعلم من أيها مات وهو رأى مرجوح [٣]

هذا هو حكم القتل على الاجتماع عند القائلين بأن التمالؤ هو التوافق فهم يعتبرون القتل على الاجتماع مصحوبا دائما بتوافق الإرادات أى التمالؤ .

أما من يرون أن التمالؤ هو الاتفاق السابق وليس التوافق ، فيطبقون الأحكام السابقة للجماعة غير المتمالئين ، فإن كانوا متمالئين على القتل فإنهم يسألون جميعاً عن القتل العمد ، سواء كان فعل كل منهم له دخل فى الزهوق منفرداً أو مجتمعا أو لا دخل له ، وسواء تميزت الأفعال أو لم تتميز ، ولو ضربوه بسياط أو عصاً خفيفة أو بأيديهم ولو كان ضرب كل منهم غير قاتل نحو أن يضربه كل

---

(١) نقض ٧ نوفمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١٩ ص ٦١٥
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣ والاقناع ج ٤ ص ١٧٠
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨

منهم سوطا أو نحو أن يضربوه على التوالى .[١]

٥٥ ـ القتل المباشر على التعاقب : المفروض فى القتل على التعاقب ، أنه ليس ثمة توافق ولا تمالؤ بين الفاعلين وأنهم يرتكبون الفعل منفردين على التعاقب لا مجتمعين كما هو الحال فى القتل على الاجتماع . وحكم القتل على التعاقب ، أنه إذا قام أكثر من شخص بقتل واحد فإن كلا منهم يعتبر قاتلا له إذا كان فعل كل منهم يمكن تميزه ، وكان على انفراده له دخل فى إحداث الوفاة ، وإذا جرحه أحدهم جرحا وجرحه الآخر عشر جراحات فكلاهما مسئول عن قتله عمداً ولا عبرة بكثرة الجراحات مادام كل جرح له أثره فى إحداث الوفاة ، ولأن الإنسان قد يموت بجرح واحد ولا يموت بجراحات كثيرة .

وإذا كان فعل أحدهم لا دخل له فى إحداث الوفاة ، فإنه يسأل فقط عن الجرح أو الضرب ويسأل الباقون عن القتل ويرجع فى هذا إلى قول الخبراء فى الطب .

وإذا شفى من الجراح التى أحدثها أحدهم ، ومات من جراح الباقين كان كل مسئولا عن نتيجة فعله ، فمن برئت جراحه التى أحدثها سئل عن الجرح ، ومن لم تبرأ جراحه سئل عن القتل إذا كان لجراحه دخل فى الموت .

فإذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل ، فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه ثالث فمات ، فكل من الثلاثة قاتل عمداً ، فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين ، فمن برأ جرحه يعاقب باعتباره جارحا ويعاقب الآخران باعتبارهما قاتلين[٢] .

وإذا قطع واحد يده من المعصم . وقطع الثانى نفس اليد من المرفق فمات

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ـ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٣ والإقناع ج ٤ ص ١٧٠

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٦

فإن برئت جراحة الأول قبل قطع الثانى ، فالأول جارح والثانى قاتل دون خلاف وإن كان القطع الثـانى قبل برء القطع الأول فيرى الشـافعى وأحمد أن الاثنين قاتلان . لأن جرح كل منهما قاتل وحده . والألم الحاصل بالجرح الأول انضم إلى الألم الحاصل بالجرح الثانى وتكامل به،فكان الموت مضافاإليهما. ومن أصحاب هذا الرأى زفر ، ويرى أبو حنيفة وباقى أصحـابه أن القاتل هو الثانى (١) لأن السراية باعتبار الآلام المترادفة التى لا تتحملها النفس إلى أن يموت وقطع اليد من المرفق يمنع وصول الألم من القطع السـابق إلى النفس . فكان قطعاً للسراية ، فبقيت السراية مضافة إلى القطع الأخير ويرى مالك أنه اذا كان القطع الثانى عقب القطع الأول فهما قاتلان وإن عاش بعـد القطع الاول حتى أكل وشرب ثم مات عقب الثانى مباشرة فالقاتل هو الثانى ، وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما ويقتصوا منه . (٢)

وان رماه أحدهما من شاهق فتلقـاه آخر بالسيف فقده أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه قبل أن تصل الصخرة ، فيرى أحمد أن القصاص على الثانى لأن الرمى سبب والقتل مباشرة . فقطعت المباشرة حـكم السبب ، ويرى الشافعى مثل هذا إن رماه من مـكان يجوز ان يسلم منه . أو ألقى عليه صخرة يمـكن أن يسلم منها،أما أن كان عمل الأول لا تمـكن السلامة فيه، فالبعض يرى كليهما مسئولا عن القتل لدخول المبـاشرة مع السبب ، ويرى البعض أن الثانى هو القاتل ، والرأى الأخير هو المتفق مع القانون لأنه يعتبر الأول شارعاً فى قتل والثانى قاتلا ما لم يـكن بينهما اتفاق أو توافق على القتل فـكلاهما يعتبر قاتلا ، وإن ألقاه فى لجة لا يمـكن الخلاص منها فالتقمه حوت فالرامى قاتل لأنه ألقاه فى مهلكة يهلك بها دون واسطة يمكن إحالة الحـكم عليه كما يرى البعض،ويرى البعض أن الهلاك ليس سببه فعل الرامى فأما إن ألقاه فى ماء يسيراً كله سبع أو التقمه

---

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٠٤

(٢) الشرح الـكبير ج ٧ ص ٣٧٧

حوت أو تمساح فهو شبه عمد لأن الذى فعله لا يقتل غالباً[١]

وإذا لم تتميز أفعالهم فلم يعرف صاحب الجرح الذى أحدث الموت ، أو كانت أفعالهم مفردة لا دخل لها فى الزهوق ولكنها أدت إليه مجتمعة ، فالحكم فى ذلك هو ما سبق فى القتل على الإجماع وقد يطرأ على الفعل المباشر فعل مباشر آخر أقوى منه بحيث ينقطع بالفعل الثانى أثر الفعل الأول ، وحكم هذه الحالة تقديم الفعل الأقوى واعتبار صاحبه هو القاتل ، فلو جرح الأول رجلا جرحا مميتا بقصد القتل فجاء صاحب الفعل الثانى وحز رقبته فالقاتل هو الثانى ، أما لو ذبحه الأول فجاء الثانى وجسم المذبوح لا يزال ينتفض فقده نصفين فالقاتل هو الأول ، أما الثانى فيعتبر معتديا على حرمة ميت ويعزر ، وإن شق الأول بطنه ومزق أحشاءه ولكن بقيت به حياة مستقرة فجاء الثانى وقطع رقبته فالثانى قاتل والاول جارح ، أما إذا كان فعل الأول قد أخرج المجنى عليه من حكم الحياة فالأول هو القاتل على رأى ، والثانى هو القاتل على رأى آخر مادام المجنى عليه لم يسلم الروح فعلا[٢]

ويرى البعض أنهم جميعاً مسئولون عن القتل عمداً . إذا تعذر معرفة صاحب الجرح المثخن .[٣]

وإذا شق شخص بطن آخر ثم جاء ثان فحز رقبته فالآخر هو القاتل أما الأول فجارح فقط ، لأن الإنسان يعيش بعد شق البطن ، ولأن حياة المجنى عليه كانت مستقرة وقت حز الرقبة ، هذا إذا كان الشق مما يحتمل معه أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم فأما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم تبق إلا غمرات الموت فالشاق هو القاتل والحاز لا يعتبر جارحاً بل معتدياً على حرمة ميت ،

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٠ ، والمهذب ج ٢ ص ١٨٨

(٢) راجع الفقرتين ١١ ، ١٢

(٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٠

وهناك رأى آخر مضاد لهذا الرأى ، وقد بسطنا القول فى هذه المسألة فى الفقرتين الحادية عشرة والثانية عشرة .

٥٦ - **اجتماع سببين فأكثر** : إذا تسبب اثنان أو أكثر فى إحداث أفعال قاتلة بإنسان « كأن حبسه واحد فى منزل بقصد قتله جوعاً ، وأطلق الثانى صنابير الغاز بقصد قتله خنقاً ، وأشعل الثالث النار فى المنزل بقصد قتله حرقاً » فإن مسئولية الجناة تترتب طبقاً للقواعد التى سبق أن بيناها فى حالة تعدد المباشرة ، سواء كانت الأفعال على الاجتماع أو التعاقب ، وسواء أكان هناك تمالؤ أم لم يكن ، ولا يغير من الحكم أن الفعل هناك مباشر وهنا تسبب ، لأن التسبب لا يقتل بذاته وإنما يقتل بواسطة فعل مباشر آخر ينسب للفاعل باعتباره متسبباً فيه ، فالمنسوب للمتسبب هو نفس الفعل الذى ينسب للقاتل مباشرة ، ومن ثم لم يكن اختلاف الحكم .

٥٧ - **اجتماع مباشرة وسبب**: إذا اجتمع فعل مباشر مع فعل متسبب ، فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المباشر والمتسبب عن حالة من ثلاث .

أولا : أن يغلب السبب المباشرة ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر . كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناء على شهادة الزور ، فهذه النتيجة مسلّم بها فى القانون المصرى إذ نصت المادة ٢٩٥ عقوبات على أنه إذا ترتب على الشهادة المزورة الحكم بالإعدام ونفذ الحكم فعلا ، عوقب شاهد الزور بعقوبة الإعدام .

فإن قتل الجلاد له ليس عدواناً . والجلاد هو المباشر للقتل ، أما المتسبب فى القتل فشهود الزور ، وما دامت المباشرة ليست عدواناً ، فالمسئولية على المتسبب وحده .

ثانياً : أن تغلب المباشرة السبب : وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله كمن ألقى إنساناً فى ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح فى الماء أو كمن ألقى إنسانا من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف أو أطلق عليه عياراً ناريا فقتله قبل وصوله إلى الأرض . فالمسئول عن القتل هو المباشر وليس المتسبب ، ولكن الأخير يعزر على فعله .

ثالثاً : أن يعتدل السبب والمباشرة : بأن يتساوى أثرهما فى الفعل ، وفى وهذه الحالة يكون المتسبب المباشر مسئولين معاً عن القتلى كحالة الإكراه على القتل ، فإن المكره وهو المتسبب هو الذى يحرك المباشر وهو المكره ويحمله على ارتكاب الحادث،ولولا الأول لما فعل الثانى شيئاً ولما حصل القتل[١].

وكذلك من يأمر ولده الصغير أو المعتوه بقتل آخر فيقتله طاعة لهذا الأمر فكلاهما يعتبر قاتلا ولو أن للصغير أو المعتوه حكماً خاصا من حيث العقوبة خلافاً لأبى حنيفة .

٥٨ ـ تسبب الجانى فى فعل قاتل مباشر من المجنى عليه :

ويعتبر الجانى مسئولا عن القتل العمد عند مالك[٢] إذا تسبب فى الفعل القاتل ، ولو كان الموت نتيجة مباشرة لفعل المجنى عليه .

فلو أن إنساناً طالب آخر قاصداً قتله بسيف مجرد أو ما يخيف كرمح أو سكين فهرب منه فتبعه الجانى وتلف المجنى عليه فى هربه . بأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خرّ فى مهواة أو سقط فتلف أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى ماء أو احترق بنار فعلى كل هذه الصور يعتبر الطالب قاتلا عمداً ، ولو أن هرب المجنى عليه هو الذى أنتج الموت مباشرة .

ويعتبر أحمد[٣] الطالب مسئولا عن القتل شبه العمد فى هذه الصور ، لأن

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعده ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ وما بعدها
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١
(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٧

الفعل الذى حدث من الجانى لا يقتل غالباً ، وفى مذهب الشافعى[1] رأيان يفرقان بين المجنى عليه المميز ،وغير المميز ،فإذا كان المجنى عليه غير مميز فالطالب يعتبر مسئولا عن القتل شبه العمد ، وإذا كان مميزاً فهناك رأيان ، رأى يرى أنه لا مسئولية على الطالب لأن المجنى عليه هو الذى أهلك نفسه بفعله ، ورأى يرى مسئولية الطالب عن القتل شبه العمد ، لأن المجنى عليه لم يقصد إهلاك نفسه،وإنما ألجأه الطالب إلى الهرب المفضى للهلاك . وقد اعتبر القتل شبه عمد لأن وسيلة القتل ليست مما يقتل غالبا ، فالشافعى وأحمد فى هذا يحافظان على قاعدتهما ، أما مالك فاعتبره عمداً لأنه كما مر لا يعرف القتل شبه العمد ، والفعل عنده إما عمداً أو خطأ ويمكن تفسير مسئولية الطالب مع أن الفعل المباشر من المجنى عليه بأن المباشرة لم تكن عدواناً فيتغلب الفعل المسبب .

أما أبو حنيفة فلا يرى مسئولية الطالب ، لأن المجنى عليه قتل بفعل نفسه . . .

ويتفق القانون المصرى والفرنسى مع ما يراه أبو حنيفة ، ويتفق القانون الألمانى والقانون الإنجليزى مع ما يراه باقى الأئمة .

٥٩ - القتل بفعل غير مادى : ويتفق الفقهاء الأربعة على جواز حصول القتل بوسيلة معنوية لا مادية ، كمن شهر سيفا فى وجه إنسان فمات رعبا ، ومن تغفل إنسانا وصاح به قاصداً قتله فمات مذعوراً أو سقط لفزعه من مرتفع ومات من سقطته ، ومن ألقى على إنسان حية فمات رعبا ، ومن دلى إنسانا من شاهق فمات من روعته قبل أن يضربه بسيف أو يتركه ليسقط على الأرض .

وعند مالك[2] أن القتل فى هذه الاحوال عمد مادام الجانى قد تعمد الفعل

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧

على وجه العدوان ولم يقصد منه اللعب أو المزاح ، فإن قصد اللعب أو المزاح فالقتل خطأ .

ويرى أحمد [١] أن القتل فى هذه الأحوال شبه عمد لأن الوسيلة لا تقتل غالبا وكذلك يرى أبو حنيفة [٢] .

وفى مذهب الشافعى [٣] يفرقون بين من يميز وبين من لا يميز كالصبى والمعتوه والمجنون والنائم والموسوس والمصعوق والمذعور والضعيف ، ويرون أن القتل شبه عمد فى حالة من يميز وأنه قتل عمد فى حالة من لا يميز لأن الوسيلة تقتل غالبا فى حالة من لا يميز . ولا تقتل غالبا فى حالة المميز .

وليس فى نص القانون المصرى أو القانون الفرنسى ما يمنع أن تكون وسيلة القتل فعلا غير مادى . ولكن جمهور الشراح الفرنسيين ويتابعهم المصريون يرون أن لا عقاب على القتل بهذه الطريقة ، وحجتهم أنه لا يمكن على وجه التحقيق اعتبار العوامل النفسية التى تنشأ عن فعل الجانى سببا لموت المجنى عليه ، وهذا الرأى منتقد لأنه مع تقدم العلم يمكن أن يثبت على وجه التحقيق أن الموت نشأ عن العوامل النفسية التى أحدثها فعل الجانى ، ولأن هناك صوراً تكون حالة الجانى والمجنى عليه فيها من الظهور بمكان بحيث يكون من الظلم أن يفلت الجانى من العقاب ، ومع ذلك فهناك من القوانين الوضعية ما يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ، فالقانون الإنجليزى يعاقب على القتل إذا كانت وسيلة القاتل لقتل فريسته معنوية لا مادية .

٦٠ ـ تعدد الأسباب: ومن المتفق عليه بين الأئمة الأربعة [٤] أن الجانى يعتبر مسئولا

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ ومابعدها والمغنى ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٨٠ ، =

عن القتل العمد إذا كان فعله سبب الموت، أو كان له على انفراده دخل فيه، ولو كان هناك أسباب أخرى اشتركت فى إحداث الموت سواء كانت هذه الأسباب راجعة لفعل المجنى عليه أو تقصيره أو لحالته أو لفعل غيره . متعمدة أو غير متعمدة ، وسواء كانت رئيسية أم ثانوية ، فإذا أحدث المجنى عليه بنفسه جراحا وأساء المجنى عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر فى العملية وساعد كل ذلك فى إحداث الموت؛ أو كان له على انفراده دخل فيه ، فإن الجانى مع ذلك يظل مسئولا عن القتل العمد ما دام فعله مهلكا من شأنه إحداث الوفاة .

وإذا كان المجنى عليه مريضا أو ضعيفا أو صغيرا فيعتبر الجانى مسئولا عن قتله عمدا إذا ضرب المجنى عليه ضربا أو جرحه جرحا لا يقتل الرجل الصحيح ما دام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل الرجل المريض والضعيف والصغير ، وإذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة فأحدث به الجانى إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجانى مسئول عن القتل ولو أن القتل نتيجة مباشرة لكل هذه الإصابات ويستوى أن تكون الإصابات التى بالمجنى عليه ناشئة عن فعله كما إذا جرح نفسه أو عن فعل غيره كإنسان ضربه أو حيوان نهشه .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلا فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدوانا يقصد قتله فمات من جميع الإصابات فالجانى مسئول عن قتله عمدا ، ولو أن بعض الإصابات التى أدت إلى القتل ناشئة عن فعل مباح .

وإذا كان بالمجنى عليه إصابات غير متعمدة ثم أحدث به الجانى إصابات متعمدة فمات منها جميعها فالجانى مسئول عن القتل العمد، ولو أن بعض الإصابات التى أدت إليه ناشئة عن خطأ .

= ٣٨١ ، ٥٧٨ ومواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢ وشرح الدردير جـ ٤ ص ٢١٩ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٤ ، ٣٠١ — وبدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ وحاشية ابن عابدين ص ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٩٣ .

وإذا كانت بعض الإصابات أخش من بعض فإن الجانى الذى أحدث أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمدمادامت إصابته مهلكة بذاتها ولهادخل فى القتل على انفرادها كما أنه لاعبرة بعدد الإصابات التى أحدثها كل جان فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله فالجانى الذى أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل فى القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

ويؤخذ من اعتبارهم الجانى قاتلا عمداً فى حالة إهمال العلاج أو إساءته أو ضعف المجنى عليه ومرضه . . . الخ أنهم عرفوا نظرية تساوى الأسباب التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا حديثا . فكل فعل اشترك فى إحداث الموت بحيث لم يكن الموت ليحدث لولا وقوع هذا الفعل يعتبر بذاته سببا للموت ولو أنه لم يؤد للموت إلا لوجود أسباب أخرى لأن هذا السبب بالذات هو الذى جعل لهذه الأسباب الأخرى أثراً على الوفاة .

٦١ - **انقطاع فعل الجانى** :- ويسأل الجانى عن القتل العمد نتيجة لفعله ، مادام الفعل سبباً للقتل ، إلا إذا انقطع فعل الجانى بفعل آخر تغلب عليه وقضى على أثره . فمن يجرح إنسانا جرحا قاتلا يقصد قتله يعتبر قاتلا له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل والأول جارح لاقاتل ، لأن فعل الثالث قطع فعله وقضى على أثره ، كذلك تنتفى مسئولية الجانى عن القتل إذا انقطع أثر فعله ، كأن يشفى جرحه قبل الموت أو إذا لم يكن لجرحه أثر على الموت .

٦٢ - **نظرية السببية فى الشريعة** :- ويمكننا أن نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية تشترط لمسئولية الجانى عن القتل أن يكون بين فعله و بين الموت رابطة السببية وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها ، ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد فى إحداث الموت ، بل يكفى أن يكون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداثه.

ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجانى هو الذى سبب الموت وحده أم أن الموت نشأ عن فعل الجانى بالذات ، وعن أسباب أخرى تولدت عن هذا الفعل كتحرك مرض كامن لدى المجنى عليه كما يستوى أن يكون الموت نشأ عن فعل الجانى وحده أو عن هذا الفعل وعن أسباب أخرى لاعلاقة لها بفعل الجانى كالاعتداء الحاصل من شخص آخر .

ولا يعتبر فعل الجانى سبباً للموت إذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل وموت المجنى عليه ، أو إذا كانت قائمة ثم انقطعت بعد ذلك بفعل من شخص آخر ينسب إليه الموت دون فعل الجانى الأول ، أو إذا كان فى إمكان المجنى عليه أن يدفع أثر الفعل دون شك فامتنع عن دفعه دون أن يكون للجانى دخل فى امتناعه.

والجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعله ، أو كان نتيجة غير مباشرة لهذا الفعل ، وسواء كان السبب قريبا أم بعيدا مادام الفعل سببا للنتيجة .

لكن فقهاء الشريعة مع هذا لا يسمحون بتوالى الأسباب إلى غير حد ؛ بل يقيدون هذا التوالى بالعرف ، لأن السبب عندهم هو مايولد المباشرة توليداً عرفياً ، فما اعتبره العرف سبباً للقتل فهو سبب له ولو كان سببا بعيدا ومالم يعتبره العرف سببا للقتل فهو ليس سبباً له ولو كان سبباً قريباً .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ولو أنهم اكتفوا فى تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر كما فعل شراح القانون الفرنسى لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل مايتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن تحديد كفاية السبب لتحقق النتيجة بالعرف ضمن للنظرية البقاء ما بقى الناس ، لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا ، لهم عرف

يطمئنون إليه ، وعقول لا ترتاح إلا لما تراه عدلا . وهذه النظرية تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية

٦٣ - **النظرية الفرنسية** : - ونظرية فقهاء الشريعة فى تحديد رابطة السببية وقد مضى عليها أكثر من ألف سنة تدل على أنهم كانوا أبعد نظراً وأدق تقديراً للأمور من شراح القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر ، فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون إلا السبب المباشر ، أى السبب الذى أنتج الفعل المؤدى للقتل بشرط أن لا يطرأ عليه سبب آخر يؤدى بذاته إلى حدوث النتيجة المتوقعة أو يساعد على حدوثها ، فمثلا إذا ضرب شخص آخر ضربة مميتة ، وجاء ثالث قبل أن يموت فقطع رقبته ، فالثالث هو القاتل لأن السبب الثانى حال بين السبب الأول ونتيجته ، وقطع عمله ، ولأن السبب الثانى هو الذى أدى بذاته إلى القتل ، وفى هذا يتفق القانون الفرنسى مع الشريعة ، ولكن إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه فأهمل المجنى عليه العلاج ، أو أساء علاج نفسه أو كان مريضاً أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين سببا مباشراً للقتل ، لأن هناك سببا أو أسبابا أخرى ساعدت على إحداث القتل ، وقد لا يحدث القتل لو لم تكن هذه الأسباب . وفى هذا تخالف الشريعة القانون الفرنسى لأنها تأخذ بالرأى المضاد .

٦٤ - **نقد النظرية الفرنسية** : ويطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط ، ولا يرون بأسا من اعتبار السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ، لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل إلا السبب المباشر ، فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ فمن الظلم أن

لا يقبل فى القتل العمد ، أما فيما يختص بحالة تعدد الأسباب ، فإن فعل الجانى هو السبب الفعال فى الموت ، ولولاه لما كانت الأسباب الأخرى فعالة ، ففعل الجانى هو سبب الموت أولاً وأخيراً ، ومن العدل أن يسأل عن فعله ونتائج فعله .

٦٥ ـ **النظرية الألمانية** : أما الشراح الألمان فيسلمون بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويرون أن السبب هو كل شرط من شروط نتيجة الفعل المزهق للنفس ، لأنه هو الذى جعل الشروط الأخرى سلبية ، والفعل عندهم يعتبر قتلا ولو كان غير كاف وحده لإحداث الوفاة ، أو كانت الوفاة لم تحدث لولا أعمال أخرى اقترنت بهذا الفعل أو تلته ، ومن ثم فهم يعتبرون الضارب والجارح مسئولاً عن القتل ولو كان الضرب والجرح فى ذاته مهلكاً لولا ضعف المجنى عليه أو إهماله العلاج .

٦٦ ـ **النظرية الانجليزية** : كذلك يأخذ الإنجليز بالسبب المباشر وغير المباشر ، ويعتبرون الجانى قاتلا ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله ، بل أدت إليه أو ساعدت عليه عوامل أخرى ، فإذا اعتدى شخص على آخر اعتداء شديداً ، حمل المعتدى عليه أن يلقى بنفسه من نافذة أو شرفة ليخلص نفسه من هذا الاعتداء ، فإن المعتدى يعتبر قاتلا إذا مات المعتدى عليه من إلقاء نفسه ، كذلك يعتبر الجارح قاتلا ولو تبين أن المجنى عليه أساء علاج نفسه ، أو رفض إجراء عملية كان من المرجح أن تؤدى إلى شفائه

٦٧ ـ **عيب النظرية الألمانية والانجليزية** : ونظرية الألمان تتفق مع النظرية الإنجليزية وهما أوسع مدى من النظرية الفرنسية ويرى الكثير من الشراح أن النظرية الألمانية الإنجليزية أقرب إلى العدل من النظرية الفرنسية ، لأن الأولى تفتح الباب واسعا أمام القاضى ليقدر مسؤولية من تسبب فى قتل غيره بطريقة غير مباشرة ، ولا تسمح بإفلات قاتل من العقاب لأنه استطاع أن يصل إلى غرضه بطريق غير مباشر .

ولكن النظرية الألمانية الإنجليزية بالرغم من ذلك معيبة ، وعيبها أنها تسلم بتوالى الأسباب غير المباشرة إلى غير حد يقف عنده هذا التوالى ، وقد أدى بها هذا العيب إلى أن تخلق حلولا لا يستسيغها العقل ولا تتفق مع العرف ، فمثلاً يرى بعض الآخذين بهذه النظرية على إطلاقها أنه يعتبر متسبباً فى القتل من جرح غيره جرحاً غير مميت إذا استلزمت حالة الجرح نقله للمستشفى فاحترق المستشفى بمن فيه إذ لولا الجرح لما احترق المجنى عليه .

٦٨ ـ والرأى المعتدل الذى حاول به أصحابه أن يصلحوا هذا العيب ، يقوم على أساس أن يكون السبب كافياً لتحقيق النتيجة ، فإن كان كافياً فالجانى قاتل ، وإن لم يكن كافياً فهو غير قاتل ، فمثلا إذا ضرب الجانى سفاناً قاصداً فأحدث به إصابات أعجزته عن إدارة حركة السفينة ، ثم غرقت به السفينة بعد ذلك بسبب اشتداد الأنواء دون أن يكون لعجز المجنى عليه أثر على غرقه ، فإن الجانى لا يعتبر مسؤولاً عن غرق المجنى عليه ، أما إذا كان غرق السفينة ناشئاً عن عجز المجنى عليه عن إدارة السفينة بسبب إصاباته فيكون الجانى مسؤولاً عن الغرق ، لأن عجز المجنى عليه من الضرب كاف لتحقيق هذه النتيجة .

٦٩ ـ وتقييد النظرية بكفاية السبب لتحقيق النتيجة معناه تقيدها بالعرف لأن مقياس الكفاية ليس مادياً . وإنما هو معنوى يرجع إلى ما تعارف عليه الناس وما تقبله عقولهم وترتاح إليه نفوسهم ، وإذا كان العرف هو المقياس الذى تقاس به كفاية الأسباب لتحقيق النتيجة فى الشريعة الإسلامية ، فمعنى ذلك أن نظرية السببية فى القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى رسمه فقهاء الشريعة الاسلامية من ألف سنة وأكثر وأحكام المحاكم المصرية تتفق مع الشريعة الإسلامية فيما يختص بتحديد رابطة السببية واعتبار السبب غير المباشر وتعدد أسباب الوفاة ، وليس منشأ هذا الاتفاق أن المحاكم المصرية ترجع للفقه الإسلامى وإنما منشؤه أن المحاكم المصرية تفضل فى هذه المواضيع النظرية الألمانية الإنجليزية

على النظرية الفرنسية ، والنظرية المفضلة تتفق مع الشريعة الإسلامية ، فمثلا حكمت محكمة النقض المصرية فى قضية ضرب أفضى إلى موت بأنه : « متى ثبت أن الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك لعوامل أخرى تعاونت وإن تنوعت على إحداث وفاة المجنى عليه ، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر فهو مسئول جنائياً عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله ، مأخوذاً فى ذلك بقصده الاحتمالى . لأنه كان من واجبه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول[١] » .

وأصدرت محكمة جنايات أسيوط حكماً فى قضية قتل . أشارت فيه إلى الخلاف بين الشراح الفرنسيين من جهة ، وبين الألمان والإنجليز من جهة أخرى فيما يتعلق بالسبب وتحديد معنى السببية وقالت إنها تأخذ بنظرية الألمان والإنجليز لأنها أقرب إلى العدل وتفسح الطريق لمعاقبة من يتسبب فى قتل آخر بطريق غير مباشر متى كانت ظروف القتل تدل على أنه قصد ذلك[٢] .

وحكمت محكمة النقض فى قضية قتل بأن إذا طعن المتهم المجنى عليه بسكين متعمداً قتله ، فأحدث به جرحاً فى تجويف الرئة نتجت عنه الوفاة . يكون مرتكباً لجناية القتل عمداً وإن تكن الوفاة قد حصلت بعد علاج ثمانية وخمسين يوماً بالمستشفى ، إذ من المبادىء المقررة أن الفاعل مسئول عن جميع نتائج فعله الغير قانونى التى كان يمكنه أو كان واجباً عليه أن يفترضها ، وهذه المسئولية ليست متوقفة على إثبات أن المجنى عليه قد عولج أحسن علاج طبقاً للعلوم الحديثة[٣] .

---

(١) نقض ٢١ مارس ١٩٣٨ القضية رقم ٩٩٦ سنة ٨ ق

(٢) محكمة جنايات أسيوط فى ٢٨ مارس سنة ٩٢٧ المجموعة الرسمية سنة ٩٢٨ العدد ٦٢

(٣) نقض ٢٢ / ١١ / ٩١٣ شرائع ١ ص ٨٦ .

٧٠- **القتل بالترك** : وكما يجوز فى الشريعة الإسلامية أن يكون القتل بفعل مادى أو معنوى أى بفعل إيجابى ، فإنه يجوز أن يكون القتل بالسلب، أى بغير فعل إيجابى يصدر عن الجانى بحيث يمتنع الجانى عن عمل معين فيؤدى امتناعه إلى قتل المجنى عليه ، فمن حبس إنساناً ومنعه عن الطعام أو الشراب أو الدفء فى الليالى الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك [١] والشافعى [٢] وأحمد [٣] أما أبو حنيفة فلا يرى الفعل قتلا لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد لا بالحبس ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يريان الفعل قتلا عمدا ، لأنه لا بقاء لآدمى إلا بالأكل والشرب والدفء . فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد عليه يكون إهلاكاً له [٤] ولكنه قتل بالتسبب ولا يقتص فى القتل بالتسبب عندهما وعند أبى حنيفة .

والأم التى تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ولو أنها لم تأت بعمل إيجابى [٥] .

ومن منع فضل مائه مسافرا عالماً بأنه لا يحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه اعتبر قاتلا عمدا له وإن لم يك قتله بيده [٦] وهو رأى فى مذهب مالك . ويرى البعض أنه قتل شبه عمد وهو رأى فى مذهب أحمد [٧]

وإذا حضرت نساء ولادة فقطعت إحداهن سرة الوليد وامتنعت عن ربط

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٩
(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٢٨
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٤ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤
(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٥
(٦) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤٠
(٧) المغنى ج ٩ ص ٥٨١

الحبل البُشرى فمات بعد القطع بقليل فهى قاتلة له عمداً ، ومن الممكن القول باعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يربِطْنَ الربط ، لأن المهلك تركُ الربط فالهلاك ينسب إليهن كلهن [١] .

٧١ - والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسؤولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وأنه يسأل فقط حيث يجب عليه شرعا أو عرفا أن لا يمتنع ومع ذلك فهناك خلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ،ومن الطبيعى أن يكون هذا الخلاف ما دامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلا يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمى من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسؤولية عليه [٢] ويرى بعض الحنابلة مسؤوليته [٣] وأساس الاختلاف هل الإنجاد واجب أو غير واجب ؟

٧٢- مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة فى القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذى سار فيه أغلب شراح القوانين الوضعية أخيراً ، أما قبل ذلك فقد كانت المسألة محل خلاف شديد بين شراح القوانين . فكان بعضهم يرى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك ، لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكان البعض يرى أن الترك يصلح سببا للجريمة كالفعل تماما لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ،وقد انتهت الأغلبية أخيراً إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولكنهم لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا فى الأصل بالعمل وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، ويستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ، ومن الأمثلة التى يضربها شراح القوانين على القتل بالترك ، حبس

---

(١) الفتاوى الكبرى ص ٢٢٠ وما بعدها
(٢) الاقناع ج ٤ ص ٢٠٥
(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٨١

شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمداً عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، ويضربون مثلا على الحالة التى لا مسئولية فيها . الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار أو أقدم سبع على افتراسه ، والأمثلة فى الوجهين تكاد تكون نفس الأمثلة التى يضربها فقهاء الشريعة الاسلامية .

ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجباً بمقتضى القانون أو الاتفاق ، يساوى تماماً ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجباً بمقتضى الشريعة أو العرف لأن تعارف الناس على وجوب أمر يساوى الاتفاق على وجوبه[1] فكأن القوانين الوضعية التى تعاقب على القتل بالترك تسير فى إثر الشريعة الإسلامية وإذا كانت الأغلبية فى فرنسا ترى العقاب على القتل بالترك فإن الاقلية وعلى رأسها « جارسون » ترى أن نصوص القانون الفرنسى وهى تماثل نصوص القانون المصرى لا تتسع للعقاب على القتل بالترك . وأنه إذا كان لابد من العقاب على هذه الجرائم ، فيتعين إصدار تشريع خاص يعاقب عليها

أما فى انجلترا فالقانون الانجليزى لا يفرق بين ما إذا كانت الجريمة ارتكبت بفعل أو ترك ، ويعاقب على الحالين ، فمن كان متكفلا بطفل ومنع عنه الطعام حتى مات جوعاً . يعاقب بعقوبة القتل العمد .

وفى ايطاليا نص فى قانون العقوبات الإيطالى الصادر فى ١٩٣٠/١٠/١٩ على أنه إذا لم يمنع الإنسان حادثا هو ملزم قانوناً بمنعه فإن عدم منعه هذا الحادث يساوى إحداثه ، أى أن القانون الإيطالى يعاقب على القتل بالترك . إذا كان العمل مما يوجبه القانون .

وفى مصر تعاقب المحاكم المصرية على القتل بالترك ، فقد حكمت محكمة النقض فى قضية تلخص وقائعها فى أن المتهم لعداء بينه وبين والد المجنى عليهما

---

(١) توجب الشريعة الوفاء بالعقود والاتفاقات فمن كان عليه واجب طبقاً لاتفاق فهو واجب طبقاً للشريعة الإسلامية مالم يكن مخالفا لنصوص الشريعة

خطف طفليه ووضعهما فى زراعة قصب بعد أن أحدث بهما إصابات أعجزتهما عن الحركة ثم تركهما يموتان جوعا ، وقد مات أحدهما فعلا وأسعف الآخر بعد العثور عليه ، وظهر من تشريح جثة القتيل أن وفاته حصلت من الصدمة العصبية الناشئة من الكسور والرضوض التى به مع ضعف الحيوية الناشىء عن عدم التغذية ، وقد قالت المحكمة فى معرض بيان نية القتل : « أنه لانزاع فى أن تعجيز شخص عن الحركة بضربه ضربا مبرحاً ، وتركه فى مكان منعزل محروماً من وسائل الحياة بنية القتل يعتبر قتلا عمداً حتى كانت الوفاة نتيجة مباشرة لتلك الأفعال »(١)

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سبقت القوانين الوضعية فى تقرير عقوبة القتل بالترك ، بأكثر من ألف سنة ،وأن القواعد التى وضعتها لهذه الحالة هى نفس القواعد التى أخذت بها القوانين أخيراً .

٧٣ ــ عصمة القاتل : ويشترط فى الفعل القاتل أن يكون صادراً من معصوم حتى يمكن اعتباره مسئولا عن الجريمة . فإن كان غير معصوم فإنه لا يسأل عن الفعل إذ يباح لغير المعصوم .

ومعنى العصمة بالنسبة للقاتل يختلف عنه بالنسبة للمقتول ، فالعصمة بالنسبة للمقتول هى أن لا يكون مهدر الدم سواء كان ملتزماً أحكام الإسلام كالمرتد أو الزانى المحصن أم غير ملتزم لها كالحربى ــ أما العصمة بالنسبة للقاتل فهى التزام أحكام الإسلام سواء كان الملتزم مهدر الدم أو محقونه ، فيعتبر المرتد والزانى المحصن والقاتل عمداً معصومين إذا ارتكبوا القتل ولو كانت دماؤهم مهدرة لأنهم ملتزمون بأحكام الإسلام وهو يحرم القتل كما يحرم غيره من الجرائم التى يؤدى ارتكابها إلى إهدار الدم، فإذا أهدر شخص دم نفسه بارتكاب جريمة فليس له أن يتخذ من ذلك سنداً لارتكاب أى جريمة أخرى بحجة أنه أصبح مهدر الدم .

---

(١) نقض ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ قضية رقم ٢١٠٥ سنة ٦ ق

وإذا كانت العصمة بالنسبة للقاتل هى التزام أحكام الإسلام فإن كل قاتل معصوم إلا الحربى[1] فإنه لا يعتبر معصوما حال حرابته ومن ثم فهو غير مسئول عن الجرائم التى يرتكبها ولو أسلم بعد ارتكابها لما تواتر من فعل الرسول والصحابة من عدم عقابهم من أسلم على ما فعله فى حال حرابته ، كما أنه لا يسأل عن جرائمه السابقة ولو عقدت له ذمة أو أمان لقوله تعالى : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغفر لهم ما قد سلف ﴾ [الأنفال : ٣٨] .

واعتبار الحربى غير معصوم وعدم عقابه عن أى جريمة يرتكبها هو عين العدالة ، لأن حالة الحرب القائمة بين دولته والدولة الإسلامية تقتضى أن يكون دم الحربى وماله هدراً ومباحا للمسلم ، وأن يجعل مال المسلم ودمه هدراً ومباحا للحربى . فالشريعة لا تميز المسلم عن الحربى وتبيح فى حالة الحرب لأحدهما ما تبيحه للآخر .

وتعتبر الجزية والأمان والهدنة التزاما بأحكام الإسلام ولو من بعض الوجوه فإذا دخل الحربى تحت عقد من هذه العقود اعتبر معصوما وعوقب على كل جريمة يرتكبها بعد العقد .

٧٤ ـ كل ما سبق محله أن يكون من شأن فعل الجانى إحداث الوفاة وأن يحدثها فعلا فإن لم يكن من شأن الفعل إحداث الوفاة أصلا كمن حاول قتل آخر بسلاح نارى غير معمر فإنه يمكن القول بأن الفقهاء لا يرون العقاب على ذلك الفعل بدليل أنهم لم يتعرضوا له أصلا فى باب القتل والجرح ، وفى هذا يتفق فقهاء الشريعة على الأقل مع من يقولون من شراح القوانين الوضعية بنظرية الجريمة المستحيلة وتعليل عدم العقاب فى القانون هو أن جريمة القتل لم تقع ولا عقاب

---

(١) راجع الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٠ ـ ومواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ونهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٥٠ ـ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٥٢ وشرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٤٩ ـ والمغنى الجزء العاشر من ٤٣٦ إلى ٤٣٩ ، ٤٨ ، ٤٨٣ .

على جريمة لم تقع ، وأن جريمة الشروع فى القتل لا يكفى لوقوعها أن يقصد الجانى القتل . بل يجب أن تـكون الوسيلة التى استخدمت من شأنها إحداث القتل ، ومادامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلا فلا تقع جريمة الشروع ولاعقاب على جريمة لم تقع ، أو أن الجريمة التامة وهى القتل يستحيل تنفيذها ، والشروع هو البدء فى التنفيذ ، فالجريمة التى يستحيل تنفيذها ، يستحيل بدء تنفيذها ، هذا هو التعليل القانونى لعدم العقاب . وليس فى مبادىء الشريعة مايمنع قبول مثل هذا التعليل .

على أن فقهاء الشريعة إذا كانوا لم يذكروا شيئا فى باب القتل عن عقاب من حاول جريمة مستحيلة فليس معنى ذلك أن العقاب غير جائز شرعا ، لأن مبادىء الشريعة فى الواقع لاتمنع من العقاب على الشروع فى الجريمة المستحيلة إذا رأت السلطة التشريعية ذلك مادام الفعل فى ذاته اعتداء ، والتفسير الصحيح لسكوت الفقهاء ، هو أنهم فى باب القتل يتـكلمون عن جريمة القتل والجرح المعاقب عليها بالقصاص والدية إذا ارتـكبت فعلا ، فإذا حاول الجانى ارتـكابها واخفقت وسائله فى الوصول إلى النتيجة المنشودة فعقوبته التعزير ، وتقدير عقوبة التعزير وتقديرها متروك للسلطة التشريعية ، تحدده كما تشاء وعما تشاء فضلا عن أنهم فى باب التعزير نصوا أن التعزير جائز فى كل معصية ليس لها حد مقدر ، والشروع فى الجريمة المستحيلة معصية لم يرد فيها حد مقدر .

٧٥ ـ وإذا كان من شأن الفعل أن يحدث الوفاة ولـكنه لم يحدثها فعلا فإما أن يكون ذلك راجعاً لأن الجانى لم يصب المجنى عليه ، أو لأنه أصابه وشفى من أصابته فإذا كان الجانى حاول إصابة المجنى عليه وأخفق فى إصابته كأن أطلق عليه مقذوفا ناريا أو رماه بسهم لم يصبه ، أو ضربه بسيف فحاد عنه فذلك هو ما يسمى بالشروع الخائب فى القوانين الوضعية ، وعقوبته فى الشريعة الاسلامية التعزير أى العقوبة التى تقدرها السلطات التشريعية لأن الفقهاء يرون التعزير فى الشتم وفى المواثبة . ومعنى المواثبة : محاولة الاعتداء البسيط ، فمن باب أولى أن يعزر من حاول الاعتداء الجسيم .

وإذا كان فقهاء الشريعة لم يضعوا نظرية منظمة عن الشروع فى الجرائم كما فعل شراح القوانين،فليس معنى ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الجريمة التامة والشروع فيها ، إذ الواقع أنها فرقت بين الجريمة التامة والشروع من وقت نزولها حيث جعلت التعزير فى نوعين من الجرائم فجعلته أولا فى كل جريمة لم يشرع فيها حد . وجعلته ثانيا فى كل جريمة شرع فيها حد إذا كانت الجريمة لم تتم لأن الحد شرع فقط للجريمة التامة ، فيبقى مادون التمام لعقوبة التعزير .

فمثلا جريمة الزنا من جرائم الحدود ، وحدها الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن وهى لا تتم إلا بالوطء ، ومعناه دخول الحشفة أو قدرها فى الفرج فإذا لم تتم الجريمة على هذا الوجه فلا رجم ولا جلد وكانت العقوبة التعزير فيما دون الوطء أى فيما دون تمام الجريمة ، وجريمة السرقة حدها القطع وهى لا تتم إلا بإخراج المال من حرزه ، فإذا ضبط المتهم قبل إخراج المال من الحرز عزر ولم يقطع لأن القطع لا يكون إلا بتمام الجريمة وهى لم تتم . وكذلك جريمة القتل حدها القصاص . ولا تتم إلا بفعل من الجانى يقع على المجنى عليه ويكون من شأنه إحداث الوفاة ، فإذا بدأ المتهم جريمته وخاب أثرها لسبب لا دخل لإرادته فيه وجب التعزير .

أما إذا أصيب المجنى عليه وشفى من إصابته فالفعل لا يعتبر فى الشريعة جريمة لم تتم أو بتعبير آخر شروعاً فى قتل وإنما يعتبر جرحاً ، لأن فعل الجانى كون جريمة تامة مستقلة هى جريمة الجرح . ولهذه الجريمة عقوبة خاصة فى حالة العمد هى القصاص كلما أمكن ذلك أو الدية ، فليس إذن ثمة ما يدعو لاعتبار الفعل جريمة لم تتم وتعزير الجانى عليه .

وقد أخذ القانون المصرى كغيره من القوانين الوضعية بهذه الطريقة فى جرائم الضرب فإذا لم يترك الضرب عاهة مستديمة ، أو لم يؤد لوفاة المجنى عليه ، فلا يعتبر الجانى شارعاً فى إحداث عاهة أو ضرب مفض لموت ، وإنما يعتبر ضارباً أو جارحاً لأن القانون يعتبر الضرب والجرح جريمة مستقلة أدنى مرتبة من إحداث العاهة والضرب المفضى للموت .

ولكن كلا من القانون المصرى والفرنسى يختلف مع الشريعة فى حالة القتل العمد إذ يعتبر الجريمة التى لم تتم شروعاً فى قتل ولا يعتبرها جرحاً . فكأن هذين القانونين يؤاخذان الفاعل على فعله بحسب قصده من هذا الفعل أما الشريعة فتؤاخذه على فعله طبقاً لنتيجة فعله، وليس لهذا الخلاف أهمية لأنه فى تصوير الفعل القانونى والمهم أن كل تشريع يعاقب على الفعل بالعقوبة التى يراها مناسبة له .

٧٦ـ تطبيقات على الأفعال القاتلة: رأينا أن نورد أنواعاً مختلفة من الأفعال القاتلة ونبين آراء الفقهاء فيها تطبيقاً للقواعد التى سبق عرضها فإن ذلك أحرى أن يثبت هذه القواعد فى ذهن القارىء، ويساعد على فهم أسس الخلاف بين الآراء المختلفة

٧٧ـ القتل بالمحدد : والمحدد هو كل آلة محددة جارحة أو طاعنة لها مور فى البدن . أى تفرق أجزاء الجسم ، ولا يشترط أن يكون المحدد من مادة معينة ، فيصح أن يكون من الحديد أو النحاس أو الرصاص أو الذهب أو الفضة أو الزجاج أو الخشب أو القصب أو العظم أو غير ذلك ، ومثل المحدد السكين والرمح والبندقية والمسلة والسهم والقنبلة والسيف ، وحكم المحدد أن الجانى إذا أحدث به جرحاً كبيراً فأدى إلى الموت فهو قتل عمد لا خلاف فيه بين الفقهاء .

فإذا جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام أوغرزه بإبرة أو شوكة أو ما أشبه ، فإن كان ذلك فى مقتل كالعين والقلب والخاصرة . فهو قتل عمد إذا مات فيه باتفاق أيضـاً وكذلك الحكم لو بالغ فى إدخال الإبرة أو الشوكة فى الجسم ولو كانت فى غير مقتل كالعمد .

أما إذا جرحه جرحاً صغيراً فى غير مقتل أو غرزه بإبرة أو شوكة فى غير مقتل فبقى ضمنا ـ أى سقيما ـ حتى مات أو مات فى الحال ففى المسألة رأيان عند الشافعى وأحمد : ـ أولهما : أن القتل ليس عمداً بل هو شبه عمد ، لأن الإبرة والشوكة والجرح لا تقتل غالبا ، ووسيلة القتل يجب أن تكون قاتلة غالباً ـ ثانيهما : أن القتل عمد لأنه بمحدد . والمحدد لا تشترط فيه غلبة ظن

في حصول القتل ، بعكس غير المحدد فلا بد أن يكون قاتلا ـ غالباً [١] .

وفي مذهب أبي حنيفة [٢] يرون القتل في حالة الإبرة والشوكة شبه عمد ، لأن الآلة ، وإن كانت جارحة إلا أنها لم تعد للقتل . فالإبرة مثلا معدة للخياطة ولا يقصد بها القتل عادة .

أما الجرح البسيط في غير مقتل فهو قتل عمد إذا أدى للموت وكان من آلة قاتلة معدة للقتل

ويرى مالك أن الجرح والغرز قتل عمد سواء كان في مقتل أو في غير مقتل، مادام الفاعل متعمداً ولم يأت بالفعل على وجه اللعب أو التأديب [٣] .

وهكذا يتمسك كل بالشروط التي وضعها للآلة القاتلة . فالشافعيون والحنابلة يشترطون أن تقتل غالبا بالرغم من أنها محدد ، وإن كان بعضهم لا يرون هذا الشرط في الآلة إذا كانت محددا ، والأحناف يشترطون أن تكون الآلة قاتلة ومعدة للقتل ، أما مالك فلا يشترط شيئا إلا أن يكون الفعل متعمدا على وجه العدوان

٧٨ ـ القتل بمثقل : والمثقل هو ما ليس له حد كالعصا والحجر . وآراء الفقهاء مختلفة في المثقل .

فمالك يرى كل قتل بالمثقل هو قتل عمد ، سواء كان المثقل يقتل غالبا أو لا يقتل غالبا،ما دام الفعل متعمداً على وجه العدوان لا على وجه اللعب والتأديب ويرى الشافعي وأحمد أن الضرب بمثقل يقتل غالباً هو قتل عمد إذا أدى الموت كالعصا الغليظة والحجر وعمود الحديد . ويلحق بالمثقل ما يعمل عمله كإلقاء حائط أو سقف والإلقاء من شاهق ، ويعتبر أن القتل عمداً أيضاً ولو كان الضرب بمثقل صغير كعصا خفيفة أو حجر صغير أو لكزة يد في مقتل أو في حال ضعف

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ . المغني والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١. والإقناع ج ٤ ص ١٦٣ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٩ .

(٣) شرح الدردير الكبير ج ٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥

المضروب لمرض أو صغر أو حر مفرط أو برد شديد ، ولو ضربه ضربة واحدة .

وكذلك يعتبر قاتلا عمدا ولو لم يكن الضرب فى مقتل ، واو لم يكن المضروب ضعيفاً أو صغيراً . . . الخ ، وذلك فى حالة تكرار الضرب ؛ لأن تكرار الضرب وموالاته يقتل غالباً . وهذا كله قائم على أساس القاعدة التى أخذ بها الشافعى وأحمد ، وهى اشتراط أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً بذاتها أو لظروف الفعل ووقته وحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه .

أما أبو حنيفة فيرى القتل بالمثقل قتلا شبه عمد أيا كان المثقل ثقيلا أو خفيفاً لأنه يشترط أن تكون الآلة قاتلة غالباً وأن تكون معدة للقتل ، والمثقل إذا قتل غالبا فإنه لا يعد للقتل ، ولا يستثنى أبو حنيفة من هذا إلا الحديد فى رواية ويلحق بالحديد ما هو فى معناه ، أى ما يستعمل استعماله كالنحاس والصفر ، فهذه إذا استعملت فى القتل كان القيل عمداً ولو لم تكن محددة أو طاعنة أى ولو كانت مثقلا كالعمود والملكمة والمطرقة والعصا الملبسة بالحديد . وقد استثنى أبو حنيفة الحديد لأنه يعمل عمل السلاح ، أو لأنه يعتبر سلاحا بنفسه لقوله تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا الحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾ فألحقه بالسلاح فى الحكم ، وجعل حكمه حكم المحدد . وألحق ما فى معنى الحديد بالحديد فى الحكم .

ويشترط البعض فى الحديد أن يترك جرحا ليكون القتل عمدا . ولكن البعض الآخر يسوى فى الحكم بين الجراح والرضوض ويعتبر الفعل عمدا فى الحالين (٢) .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن القتل بالمثقل قتل عمد إذا كان المثقل يقتل غالبا واعتبر المثقل آلة معدة للقتل باستعماله فى القتل ، فتوفر للمثقل شرطا أبى حنيفة ، وهو أن يكون قاتلا غالبا . وأن يكون معدا للقتل ، فإذا لم يكن المثقل قاتلا

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٨ ومابعدها ـ المغنى والشرح الكبير ص ٣٢٠ ، ٣٢١ وما بعدها

(٢) الزيلعى ج ٦ ص ٩٨

غالباً . فالقتل شبه عمد ولو توالى الضرب[١] .

وحجة أبى حنيفة فى المثقل قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وقد أخذ أبو حنيفة الحديث على إطلاقه وقال : أن الرسول سمى هذا النوع من القتل عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص . فهو إذن ليس بعمد و إنما شبه عمد ، ولما كان السوط والعصا والحجر أدوات غير جارحة وكل منها مثقل ، فكل مثقل له حكمها . أى أن الضرب به لا يكون إلا شبه عمد ولم يستثن من ذلك إلا الحديد الذى لاحد له ، لأن الحديد آلة معدة للقتل بطبيعتها بقوله تعالى ﴿ وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ﴾ ولأن القتل بعمد الحديد معتاد ، أما بقية الأئمة فقد فسروا الحديث على أن المقصود به المثقل الصغير كالعصا الرفيعة والسوط والحجر الصغير وهذا أساس الاختلاف بين الأئمة فى حكم المثقل .

٧٩ ـ الالقاء فى مهلكة : كأن يجمع بينه و بين أسد فى زبية أو ينهشه كلب أو سبع أو حية أو يلسعه عقرب .

يرى أحمد أن الجانى إذا جمع بين المجنى عليه و بين أسد أو نحوه فى مكان ضيق ، فقتله الأسد فهو عمد إذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله ، و إن فعل به السبع فعلا أو فعله الآدمى لم يكن عمداً فالفعل ليس قتلا عمداً ، لأن السبع صار آلة للآدمى فكان فعله كفعله و إن ألقاه مكتوفاً بين يدى أسد أو نمر فقتله فهو عمد ، وكذلك إن جمع بينه و بين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته فهو عمد وكذلك لو لسعه عقرب من القواتل .

و إن ألقاه فى أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فهو عمد إن كان الفعل يقتل غالباً وإلا فهو شبه عمد .

و إن نهشته حية أو سبع فقتله فهو عمد ، فإن كان مما لا يقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه رأيان :

---

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٩ .

أحدهما : أنه عمد لأن الجرح لايعتبر فيه غلبة حصول القتل ، ولأن الثعبان والسبع من جنس مايقتل غالبا .

وثانيهما : هو شبه عمد لأن الفعل لايقتل غالباً .

وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد .

وفى مذهب أحمد من يرى عدم مسؤولية الجانى فى حالة الجمع بين المجنى عليه وأسد أو حية لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى، ولأن الفعل سبب غير ملجىء[١]

أما فى مذهب الشافعى فيفرقون بين الصبى والبالغ ، ويرون أنه إذا وضع جان صبياً فى مسبعة ولو زبية أسد غاب عنها فأكله السبع فلا مسؤولية على الجانى لأن الوضع ليس بإهلاك ، ولم يلجأ السبع إلى افتراسه .

أما إذا ألقى الصبى على السبع وهو فى زبيته ، أو ألقى السبع عليه ، أو أغرى السبع به فهو قتل شبه عمد ، لأن السبع يثبت فى المضيق وينفر بطبيعته من الآدمى فى المتسع . مالم يكن السبع ضارياً يقتل غالباً فهو عمد .

وفى المذهب رأى بمسئولية الجانى كلما عجز المجنى عليه أن ينتقل من المحل المهلك ، فإن عجز فالقتل شبه عمد إلا إذا كان السبع ضارياً لايتأتى الهرب منه فهو عمد . فإن كان المجنى عليه يمكنه الانتقال من المحل المهلك فلم ينتقل أو وضع بغير مسبعة فاتفق أن سبعاً أكله أو كان المجنى عليه بالغاً فالفعل هدر لامسئولية عنه[٢] وفى مذهب أبى حنيفة أن لاشىء على الجانى فى كل هذه الصور فى أى حالة ، ولو قتله السبع أو نهشته الحية أو لسعته العقرب[٣] .

أما مالك فالفعل عنده فى كل حال قتل عمد . سواء كان الفعل يقتل غالباً أم لا مادام القصد منه العدوان المحض[٤] .

---

(١) المغنى والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٢ وراجع ص ٢٤٨ أيضا .
(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ .
(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ .

وأساس الخلاف بين القائلين بالمسئولية ومن لايقول بها هو اختلاف وجهة النظر فى طبيعة الحيوان وقدرة المجنى عليه على التخلص ، فمن رأى أن الحيوانات تنفر من الإنسان وتهرب منه وأن المجنى عليه يستطيع أن يتجنب الحيوان . وأن وجود الإنسان ولو مكتوفاً أمام الحيوان ليس فيه مايلجىء الحيوان لافتراسه أو نهشه أو لسعه من رأى هذا فقدبنى على رأيه عدم المسئولية كما فعل أبوحنيفة، ومن رأى أن الصغير لايستطيع أن ينجى نفسه كما يفعل الكبير ، أو أن الحيوان لاينفر منه كما ينفر من الكبير ، فقد رأى المسئولية فى حالة الصغير دون الكبير ، ومن رأى أن الهلاك مصدره عجز المجنى عليه عن الابتعاد عن المحل المهلك ، فقد جعل المسئولية فى حالة العجز كما فعل بعض الشافعية ، ومن لم ير هذا ولا ذاك . فقد حمل الجانى المسئولية إذا كان الفعل يقتل غالباً على اعتبار أنه قتل عمد ، فإن لم يكن يقتل غالبا فهو شبه عمد كما يفعل أحمد ، أما مالك فقد اعتبر الفعل مهلكاً ولم ينظر إلى غير هذا من الاعتبارات ، فإذا انتهى بالهلاك فالفعل قتل عمد .

٨٠ ـ **التغريق والتحريق** : يتميز مذهب الشافعى وأحمد فى هذه المسألة ومن رأيهما أن الجانى إذا ألقى المجنى عليه فى ماء أو نار لايمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار . أو لأنه مكتوف يعجز عن الخروج منها أو لأن الجانى منعه من الخروج أو لكونه فى حفرة لايقدر على الصعود منها أو فى بئر عميقة ، فإذا أدى الفعل إلى موت المجنى عليه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً .

وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه مختارا حتى مات فلا مسؤولية على الفاعل لأن الفعل لم يقتله . وإنما قتله لبثه فى الماء وهو فعل نفسه فلا يسأل عنه غيره .

وإن ألقاه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو ألقاه فى طرف منها بحيث يمكنه الخروج منها بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا خلاف فى أن الفعل لا يعتبر قتلا عمداً . لأنه لايقتل غالباً ، ولكنهم اختلفوا فى تحديد المسؤوليه على الجانى،

فرأى البعض أنه لايسأل عن القتل قياساً على حالة الإلقاء فى ماء يسير وإنما يسأل فقط عما أصابت النار منه باعتباره جارحاً . و يرى البعض أن الجانى مسؤول عن القتل شبه العمد لأن فعله أدى إلى الموت ، ولأن للنار حرارة شديدة فربما أعجزته عن معرفة طريق الخلاص ، أو شنجت أعصابه فيعجز عن الخروج منها

و إن ألقاه فى لجة فالتقمه حوت ففى هذه المسألة رأيان :

أولهما : يقول إنه قاتل لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك فأشبه مالو غرق فى الماء .

والثانى : أن الهلاك كان نتيجة التقام الحوت له فأشبه مالو قتله آدمى آخر حين ألقى فى الماء . فلا يسأل إلا عن إلقائه فى الماء فقط وهو فعل عقوبته التعزير .

و إن ألقاه فى ماء يسير لايهلك غالباً فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فهو شبه عمد عند أصحاب الرأى الأول وعليه التعزير عند أصحاب الرأى الثانى . و إن هلك غرقا فهو شبه عمد باتفاق[1] .

و إن كان المجنى عليه يحسن السباحة فألقى فى ماء مغرق وهو مكتوف أو زمن أو ضعيف فالفعل قتل عمد إن مات ، و إن منع من السباحة عارض بعد الإلقاء كريح أو موج فمات فشبه عمد ، و إن كان العارض قبل الإلقاء فالفعل عمد لأن الإلقاء مهلك غالباً .

و إن كان يحسن السباحة فامتنع عنها مع إمكانها فهلك فيرى البعض أن لامسئولية على الملقى لأنه هلك بامتناعه عن السباحة . و يرى البعض أن الفعل قتل شبه عمد لأن الإنسان لايسلم نفسه للموت عادة ، وقد يمنعه عن السباحة دهشة أو عارض باطن ، ولما كان الفعل لايهلك غالباً مادام يحسن السباحة فهو قتل شبه عمد[2] .

و يفرق أبو حنيفة وأصحابه بين التحريق والتغريق . لأنهم يلحقون التحريق

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٥ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

بالسلاح إذ يعمل عمله فيفرق أجزاء الجسم ، ومن ثم فالنار عندهم معدة للقتل، فإن كانت تقتل غالباً فالفعل عمد وإن كانت لا تهلك غالباً فالفعل شبه عمد ، ويلحقون بالنار الماء المغلى والأشياء المصهورة والوضع فى فرن محمى ، وعلى هذا الأساس يتفق رأى أبى حنيفة وأصحابه فى التحريق مع رأى الشافعى وأحمد .

أما التغريق فهو شبه عمد دائماً عند أبى حنيفة لأنه يلحقه بالمثقل ، وهو إن قتل غالباً ليس معداً للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمدا يريان أنه معد للقتل إذا استعمل وسيلة له ، وعلى هذا فإذا كان الماء قليلا لا يقتل غالباً وترجى منه النجاة فى الغالب وألقى فيه إنسان فمات فالفعل شبه عمد لا خلاف فيه فى مذهب أبى حنيفة ، وإن كان الماء عظيما ولكن المجنى عليه يستطيع النجاة بالسباحة وكان يحسنها وليس ثمة ما يمنعه منها بأن لم يكن مشدوداً ولا مثقلا فمات منها فهو شبه عمد عندهم أيضاً ، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة بالسباحة أو لا يحسن السباحة فهو شبه عمد عند أبى حنيفة لما تقدم وعمد عند أبى يوسف ومحمد ، وإن ألقاه فى بئر فالفعل شبه عمد عند أبى حنيفة وعمد عندهما إن كان موضعا لا ترجى منه النجاة غالباً فإن كانت ترجى فهو شبه عمد[1] .

أما مالك فالتحريق والتغريق عنده قتل عمد دائماً سواء كان الفعل مهلكاً غالباً أم لا ما دام الفعل قد أدى للموت ولم يكن على وجه اللعب[2] .

وأساس الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهة نظرهم فى شروط آلة القتل أو وسيلته ، وقد سبق أن شرحنا هذا الموضوع فى فقرة ٣٢ وما بعدها .

٨١ – **الخنق** : المقصود من الخنق منع خروج النَّفَس بأى وسيلة سواء شنق الجانى المجنى عليه بحبل أو خنقه بيديه أو بحبل أو غمه بوسادة أو بأى شىء وضعه على فيه وأنفه ، فإن فعل به ذلك فى مدة يموت فى مثلها فهو قتل عمد ، وإن كانت مدة لا يموت فى مثلها فهو قتل شبه عمد .

---

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٤ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

وإن خنقه وتركه متألما حتى مات فهو عمد ، أما إن تنفس وصح بعد ذلك ثم مات فلا يسأل الجانى عن الموت لأنه لم يكن من الخنق .

ويلحقون بالخنق عصر الخصيتين . وحكمه حكم الخنق تماماً . فإن كان العصر شديداً بحيث يقتل غالباً فهو قتل عمد ، وإن كان بحيث لا يقتل غالباً فهو شبه عمد .

هذا هو رأى الشافعى وأحمد فى الخنق(١) ، وظاهر أنهما يطبقان فى الخنق قاعدتهما التى وضعاها فى الوسيلة القاتلة أو أداة القتل ، فإن كانت تقتل غالباً . اعتبر القتل عمداً وإن لم تكن اعتبر شبه عمد .

أما أبو حنيفة فيعتبر الخنق فى كل الأحوال قتلا شبه عمد تطبيقاً لقاعدته الخاصة فى الوسيلة القاتلة وهى أن تقتل غالباً وأن تكون معدة للقتل . والخنق وإن قتل غالبا ليس وسيلة معدة للقتل ، ولكن أبا يوسف ومحمدا يعتبران الخنق وسيلة معدة للقتل ومن ثم فهو عندهما قتل عمد إذا قتل غالبا وشبه عمد إذا لم يقتل غالباً(٢) .

والخنق عند مالك عمد فى كل الأحوال ما دام قد وقع بقصد العدوان ولم يكن على وجه اللعب والمزاح(٣) .

٨٢ — الحبس ومنع الطعام والشراب : يعتبر الحبس مع منع الطعام والشراب قتلا عمداً عند الشافعى وأحمد إذا مات المحبوس فى مدة يموت فى مثلها غالبا . وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا منع عنه الماء فى شدة الحر مات عطشاً فى الزمن القليل . وإن كان الوقت بارداً أو معتدلا لم يمت إلا فى الزمن الطويل ، والكبير قد يتحمل عن الصغير ، والمتقشف قد يصبر أكثر من المرفه . فتراعى هذه الاعتبارات ، فإن مات فى مدة يموت فى مثلها

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى ج٩ ص ٣٢٦

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤

(٣) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٠

غالباً فالقتل عمد ، وإن مات فى مدة لايموت فى مثلها غالبا فهو شبه عمد[1] .

ومثل المنع عن الطعام والشراب مالو عزاه أو منعه عن الاستظلال حتى قتله البرد أو الحر .

وإن كان به جوع أو عطش سابق على حبسه وعلم الحابس بذلك فالقتل عمد، إذ الغرض أن مجموع المدتين بلغ المدة القاتلة ، وإن لم يعلم ففى المسألة رأيان :

أحدهما : أن القتل عمد ، لأن الحبس أهلك المحبوس ، فهو كما لو ضرب المريض ضرباً يهلكه دون الصحيح وهو جاهل مرضه فإنه يسأل عن قتله .

والرأى الثانى : يعتبر القتل شبه عمد لانتفاء قصد الإهلاك إذ الفاعل لم يأت بفعل مهلك أى أن المدة التى حبس فيها المجنى عليه لاتهلك عادة[2] .

وأبو حنيفة لايرى مسؤولية الفاعل لأن الموت حصل بالجوع والعطش لا بالحبس والجانى لم يفعل إلا الحبس ، ولكن أبا يوسف ومحمداً يعتبران الجانى قاتلا شبه عمد[3] لأن الجانى منع بفعله الطعام والماء عن المجنى عليه ، ولا حياة له بغيرهما فهو الذى أهلكه بمنعه . ولكنهما لا يعتبران القتل عمداً لأنهما لا يريان فى الحبس وسيلة معدة للموت ، وإن كان فى ذاته وسيلة تقتل غالباً . فهما فى رأيهما مقيدان بتوفر شرطى الوسيلة القاتلة ، كما أن الشافعى وأحمد يصدران فى رأيهما عن هذه الوجهة .

ويرى مالك الفعل فى كل حال قتلا عمداً مادام أنه قد صدر على وجه العدوان[4] .

٨٣ - القتل بسبب شرعى : ومثله شهادة الزور على رجل بقتل عمد

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٢٨

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٩٥ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

أو زنا أو ردة ، فحكم بقتله ، ثم يتضح كذب الشهود بعد تنفيذ الحكم ، والأئمة جميعاً[1] يعتبرون الشاهد قاتلا عمداً ، ولأن القتل بالتسبب وليس مباشراً ، فإن أبا حنيفة لا يرى فيه القصاص ، والقاعدة عنده أن القتل بالتسبب لاقصاص فيه إلا إذا كان السبب ملجئاً .

والقاضي إذا حكم بالإعدام على شخص ظلماً وهو عالم بذلك ومتعمد له اعتبر قاتلا للمحكوم عليه عمداً ، وولى الدم إذا قتل المحكوم عليه بالقصاص ظلماً وهو عالم أنه مظلوم يعتبر قاتلا له عمداً .

٨٤ - القتل بوسيلة معنوية : يرى مالك أن القتل بطريق معنوى معاقب عليه باعتباره قتلا عمداً . فمن ألقى على إنسان حية ولو كانت ميتة فمات فزعا ورعبا فهو قاتل له عمداً ، وإذا سل عليه سيفا فمات فزعا فهو قاتل له عمداً[2] .

ويرى أحمد أن الجانى إذا شهر سيفا فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته ، أو صاح به صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات ، أو تغفل عاقلا فصاح به فخر ميتاً فإنه إن تعمد ذلك كله فهو قاتل قتلا شبه عمد . ولا يعتبر أحمد القتل عمداً لأن وسيلة القتل لاتقتل غالبا .

وإذا بعث السلطان لامرأة ليحضرها إلى محل الحكم فأفزعها ذلك وأسقطت جنينا ميتاً ضمنه فإن ماتت المرأة من الإجهاض الذى ترتب على الفزع فالحادث قتل شبه عمد - وكذلك من استعدى السلطان على امرأة فأحضرت إلى محل الحكم ففزعت وألقت جنينها أو ماتت من الفزع كان القاتل لها هو المستعدى مالم تكن ظالمة له فلا يكون مسؤولا لأنها أحضرت بسبب ظلمها[3] .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣٢ . نهاية المحتاج ج٧ ص ٢٤١ . بدائع الصنائع ج٧ ص٢٣٩ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧ .
(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٨٧ - ٥٨٠ .

ويتفق مذهب الشافعى فى مجموعته مع مذهب أحمد ، إلا أن الشافعية منقسمون فى هذه المسألة ، فالبعض يفرق بين المميز وغير المميز ، ويرون أن لامسئولية على الفاعل إذا كان المجنى عليه مميزاً ، لأن المميز لايفزع عادة وإذا فزع فنادراً ولا حكم للنادر ويرى البعض الآخر أن لافرق بين المميز وغير المميز وأن الفاعل مسئول عن فعله مادام قد أدى للموت . والفريقان يعتبران الفعل فى حالة المسئولية قتلا شبه عمد ، لأن الوسيلة لاتقتل غالباً ، ولكن القائلين بقصر العقوبة على حالة غير المميز بعضهم يعتبر الفعل قتلا عمداً وبعضهم يعتبره شبه عمد .

وللشافعية رأى خاص فى حالة الإجهاض من الفزع . فهم يرون مسئولية السلطان عن الإجهاض وعن موت المرأة بسبب الإجهاض . ولكن إذا ماتت المرأة من الفزع لابسبب الإجهاض فلا مسؤولية ، وعلة ذلك على مانظن . أن الحاكم حين استدعاها كان يؤدى واجباً عليه ، أو يستعمل حقاً له قبلها . وكذلك الشاكى كان يستعمل حقه[1] ويرى أبو حنيفة أن من صاح على إنسان فجأة فمات من صيحته فهو قاتل له قتلا شبه عمد[2] .

٨٥ ـ السم : لايخصص فقهاء الشريعة للتسميم فصلا خاصاً مكتفين

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٣٠ ـ ٣٣٢ .

(٢) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٤ . يحمل الفقهاء السلطان مسئولية إجهاض المرأة إذا طلبها ففزعت وألقت حملها اتباعاً لما فعل عمر رضى الله عنه . فقد طلب امرأة ففزعت وأخذها الطلق فألقت ولداً صاح صيحتين ومات . فاستشار عمر أصحاب النبى ، فقال بعضهم : ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب . وصمت على . فقال عمر ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا رأيهم فقد أخطأ رأيهم . وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك . إن ديته عليك لأنك أفزعتها فألقته . فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك . والفقهاء وإن اتفقوا على مسئولية السلطان فإنهم يختلفون فيمن يحمل الدية أهو السلطان نفسه وعاقلته أم بيت المال . . . ؟

بتطبيق القواعد العامة على هذا النوع من وسائل القتل كما يطبقونها على التفريق والتحريق . وهم يخالفون فى طريقتهم مايسير عليه شراح القوانين فى مصر وفرنسا وغيرهما من تخصيص فصل للكلام على القتل بالسم . وعلة عدم التخصيص فى الشريعة هى : أن عقوبة القتل العمد فى الشريعة واحدة مهما اختلفت وسائل القتل وهى القصاص ، فلم يكن ثمة مايدعو للتخصيص . أما فى القانون المصرى والفرنسى مثلا ، فإن عقوبة القتل بالسم تخلف عن عقوبة القتل العادى ، ومن ثم كان هناك مايدعو للتخصيص ويرى مالك أن القتل بالسم قتل عمد فى كل حال سواء كانت المادة سامة كثيراً أو قليلا ، تقتل غالباً أو كثيراً أو نادراً ، مادام الجانى قد انتوى قتل المجنى عليه بهذه الوسيلة ، ومادام المجنى عليه قد مات فعلا.

ويستوى عند مالك أن يقدم الجانى الطعام أو الشراب أو اللباس المسموم بنفسه للمجنى عليه أو بواسطة آخر ، أو يضعه فى طعامه أو شرابه أو لباسه دون أن يقدمه له[١] فهو قاتل عمداً له فى كل حال . إلا إذا علم المجنى عليه بأن الطعام أو الشراب مسموم ثم تناوله مع علمه فهو القاتل لنفسه .

ويرى أحمد أن الجانى إذا سقى المجنى عليه السم كرهاً أو خلطه بطعامه أو شرابه فأكله دون أن يعلم بأنه سم فالجانى مسؤول عن القتل العمد إذا كان السم مما يقتل غالباً . فإن كان السم مما لايقتل مثله غالباً فالقتل شبه عمد .

وإن خلط الجانى السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله دون إذنه وأكله فلا مسئولية على الجانى ، لأن الداخل هو الذى قتل نفسه بفعله ، وإذا دخل المجنى عليه المنزل بإذنه أى بإذن الجانى . وأكل الطعام المسموم دون إذنه فالحكم ماسبق[٢] .

ويتفق الشافعى مع أحمد فى حالة الإكراه ، فإذا سقى الجانى المجنى عليه السم كرهاً عنه فهو قاتل عمداً إذا كان السم يقتل غالباً ، فإن لم يكن يقتل

---

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢١٧ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٤٢ .

غالبا فهو شبه عمد ، وكذلك الحكم لو أكره إنسانا على أن يشرب السم بشرط أن لا يعلم بأنه سم .

و يختلف مذهب الشافعى عن مذهب أحمد فيما عدا ذلك . أى فى حالة تقديم الطعام المسموم للمجنى عليه . أو وضع السم فى شرابه أو طعامه ، فيرون أن الطعام المسموم أو الشراب المسموم إذا قدم لضيف ، فإن كان الضيف صبياً غير مميز أو مجنونا أو أعجميا يرى طاعة المضيف وكان السم مما يقتل غالبا فالجانى قاتل عمداً ، وإن لم يكن مما يقتل غالبا فالقتل شبه عمد .

أما إذا كان الضيف بالغا عاقلا فيرى البعض أن الجانى قاتل عمداً إذا كان السم مما يقتل غالبا ، فإن لم يكن مما يقتل غالبا فالقتل شبه عمد . و يرى البعض الآخر أن القتل فى كل حال شبه عمد ، ولعل حجتهم أن البالغ العاقل يستطيع أن يمتنع عن تناول المادة المسممة بعكس غير المميز فإنه يغرر به بسهولة و يصعب عليه الامتناع عن تناولها ، والقدرة على الامتناع تجعل التسميم غير قاتل غالباً ، فيكون القتل شبه عمد ، و يرى البعض الثالث أن لامسئولية على الجانى لأنه تناول المادة المسممة بنفسه ، فقطع فعله فعل الجانى ، أى أن المباشرة اجتمعت مع السبب فتغلبت عليه ، و يرد على ذلك بأن المباشرة لاتغلب السبب إلا إذا اضمحل معها ، ولا يضمحل السبب إلا إذا علم المجنى عليه أن الطعام مسموم ثم تناوله ، ففى هذه الحالة تغلب المباشرة السبب و يقطع فعل المجنى عليه فعل الجانى .

و إذا دس الجانى السم فى طعام المجنى عليه أو شرابه فأكله جاهلا ومات ، فيرى الشافعيون فيه الآراء الثلاثة السابقة ، ولا يفرقون هنا بين المميز وغير المميز كما فى حالة تقديم الطعام أو الشراب المسموم إلى الضيف[1] .

وأساس الخلاف بين الشافعى وأحمد هو اختلاف الرواة فى حديث اليهودية قدمت شاة مسمومة للنبى صلى الله عليه وسلم فأكل منها هو و بشر بن البراء، وفقد روى أنس بن مالك الحديث ولم يذكر أن النبى قتلها لما مات بشر ، ورواه أبو سلمة

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ .

فذكر أن النبي أمر بها فقتلت لما مات بشر ، وقد بني الشافعي مذهبه على رواية أنس ، وبنى أحمد مذهبه على رواية أبي سلمة ، ومن هذا الطريق جاء اختلاف المذهبين في تقديم الطعام المسموم ، أو دس السم في طعام المجنى عليه .

أما اختلاف الشافعية فيما بينهم فأساسه أخذ بعضهم برواية أبي سلمة وأخذ البعض برواية أنس بن مالك وجمع البعض الآخر بين الروايتين ومحاولة التوفيق بينهما .

ولا يعتبر أبو حنيفة وأصحابه تقديم الطعام والشراب المسموم للمجنى عليه أو دسه في طعامه وشرابه قتلا عمداً ، ولو أكله المجنى عليه أو شربه جاهلا بأنه مسموم وعندهم أن المجنى عليه هو الذي قتل نفسه بتناول المادة المسممة ، ولكن الجاني يعزر لأنه غرر بالمجنى عليه .

أما إذا أوجر الجاني المجنى عليه السم إيجاراً ، أو ناوله له وأكرهه على شربه حتى شرب فالفعل قتل شبه عمد عند أبي حنيفة سواء كان السم يقتل غالبا أو لا يقتل غالباً فإن كان يقتل غالبا فالفعل قتل عمد ، لأن السم إذا كان يقتل غالبا فهو باستعماله معد للقتل ، وإن كان لا يقتل غالبا فالفعل شبه عمد .

الركن الثالث

أن يقصد الجاني إحداث الوفاة

٨٦ — يشترط لاعتبار القتل عمداً عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أن يقصد الجاني قتل المجنى عليه فإن لم يتوفر هذا القصد فلا يعتبر الفعل قتلا عمداً ولو قصد الجاني الاعتداء على المجنى عليه لأن نية العدوان المجردة عن قصد القتل لا تكفى لجعل الفعل قتلا عمداً .

٨٧ — ولقصد القتل أهمية خاصة عند الأئمة الثلاثة لأنه هو الذي يميز القتل

العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ إذ الفعل الواحد يصلح أن يكون قتلا عمداً أو شبه عمد أو خطأ والذى يميز هذه الأنواع الثلاثة من القتل أحدها عن الآخر هو قصد الجانى فإن تعمد الجانى الفعل بقصد قتل المجنى عليه فهو قتل عمد وإن تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه عمد ، وإن تعمد الفعل دون قصد عدوانى أو دون أن يقصد نتيجته فهو خطأ .

٨٨ — ولايشترط مالك لاعتبار الفعل قتلا عمداً أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه ويستوى عنده أن يقصد الجانى قتل المجنى عليه أو أن يتعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل مادام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب فالجانى فى كلا الحالين قاتل عمداً [1] وهذا الرأى يتفق على منطق مالك لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ولا يرى القتل إلا نوعين فقط عمد وخطأ فاقتضى منه ذلك أن يعتبر الجانى قاتلا عمداً بمجرد توفر قصد العدوان ولو أنه اشترط توفر نية القتل عند الجانى لترتب على هذا الشرط أن يدخل فى باب الخطأ كل مايدخل فى باب شبه العمد عند الفقهاء الآخرين .

٨٩ — وبعض كتب الفقه فى مذاهب الأئمة الثلاثة تشترط صراحة قصد القتل فى الجانى وبعضها لا يذكر شيئاً إطلاقاً عن قصد القتل وقد يوهم هذا أن هناك خلافا على اشتراط قصد القتل والواقع أنه لا خلاف إطلاقاً فى اشتراط قصد القتل وإنما الخلاف جاء فى طريقة التعبير ، فالأصل أن نية القتل شرط أساسى فى القتل العمد ولما كانت هذه النية أمراً باطنياً متصلا بالجانى كامنا فى نفسه ومن الصعب الوقوف عليها فقد رأى الفقهاء أن يستدلوا على نية الجانى بمقياس ثابت يتصل بالجانى و يدل غالبا على نيته و نفسيته ذلك المقياس هو الآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل إذ الجانى فى الغالب يختار الآلة المناسبة لتنفيذ قصده من الفعل

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٤ . الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ .

فإن قصد القتل اختار الآلة الملائمة للفعل والتى تستعمل غالبا كالسيف والبندقية والعصا الغليظة وإن قصد الضرب دون القتل اختيار الآلة الملائمة لقصده كالضرب بالقلم أو العصا الخفيفة أو السوط . فاستعمال الآلة القاتلة غالبا هو المظهر الخارجي لنية الجانى وهو الدليل المادى الذى لا يكذب فى الغالب لأنه من صنع الجانى لا من صنع غيره ومن ثم اشترط الفقهاء أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالبا لأن توفر هذه الصفة فيها دليل على أن الجانى قصد قتل المجنى عليه واستغنوا بهذا الشرط الدال على قصد القتل عن مدلول الشرط أى أنهم أقاموا الدليل مقام المدلول فلم يعد بعد هذا مايدعو لاشتراط قصد القتل ، لأن اشتراط أن تكون الآلة قاتله غالبا يغنى عن اشتراط القصد ولهذا لانجد فى كتب الفقه كتابا يعرف القتل العمد أو شبه العمد فيذكر قصد القتل فى التعريف إلا نادراً وإنما يذكر القصد فى مناسبات أخرى وأخصها بيان الفرق بين العمد وشبه العمد وتعليل تسمية شبه العمد بهذا الاسم أنهم يصرحون بأن شبه العمد لايشترط فيه قصد القتل ، وأن هذا هو مايميزه عن العمد ، لأنهم يرون أن العمد هو ما قصد فيه الفعل والقتل ، وأن شبه العمد ماقصد فيه الفعل دون القتل ولذلك سمى بخطأ العمد أو عمد الخطأ لأنه عمد فى الفعل خطأ فى القصد ، ونستطيع أن نعرض عينة من أقوال الفقهاء فى هذا الموضوع فمثلا يعرف الزيلعى وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئاً عن قصد القتل ولكنه يجتهد فى بيان أنه تعمد الفعل بما يقتل غالبا من وسائل معدة للقتل فإذا عرف شبه العمد قال إنه تعمد الضرب بما لايقتل غالبا وأنه سمى بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل[1] ويعرف صاحب بدائع الصنائع وهو حنفى المذهب القتل العمد فلا يذكر شيئا كما فعل الزيلعى عن قصد القتل ولكنه حين يتكلم عن شرائط القصاص يقول إن القاتل عمداً يجب أن يكون متعمداً القتل قاصداً إياه[2] ويعرف صاحب المهذب وهو

(١) الزيلعى ج ٦ ص ٩٨ ، ١٠٠ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

شافعى القتل العمد بأنه قصد الإصابة بما يقتل غالباً فيقتله ثم يعرف شبه العمد بأنه قصد الإصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ويقول إنه لا تجب فى شبه العمد عقوبة القتل العمد لأن الجانى لم يقصد القتل [١] ويعرف الماوردى وهو شافعى القتل العمد بأنه تعمد قتل النفس بما يقتل غالبا ويعرف شبه العمد بأن فاعله يكون عامداً فى الفعل غير قاصد القتل [٢] ويعرف معظم فقهاء المذهب الشافعى العمد بأنه قصد الفعل وعين الشخص بما يقتل غالبا كما يعرفون شبه العمد بأنه قصد الفعل والشخص بما لا يقتل غالبا [٣] ولكنهم حين يفرقون بين أفعال العمد وشبه العمد يميزون العمد بقصد الجانى إهلاك المجنى عليه مع أنهم لا يذكرون قصد القتل صراحة فى تعريف العمد أو شبه العمد، ويعرف صاحب المغنى وهو حنبلى المذهب القتل العمد فيقول ما خلاصته أنه الضرب بما يقتل غالبا ولكنه حين يتكلم عن شبه العمد يقول عنه إنه الضرب بما لا يقتل غالبا ثم يشرح هذا فيقول إن الضرب فى شبه العمد يكون إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والوكز وسائر مالا يقتل غالبا وهو شبه عمد لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه تعمد الفعل وأخطأ فى القتل [٤] ويعرف صاحب الشرح الكبير وهو حنبلى المذهب العمد وشبه العمد بمثل ما عرفهما به زميله السابق وصاحب الإقناع وهو حنبلى أيضا يشترط فى العمد القصد ويعرف العمد بقوله: «أن يقتل قصداً بما يغلب على الظن موته به» ثم يعرف شبه العمد فيقول: أن يقصد الجناية إما لقصد العدوان عليه أو التأديب له فيسرف فيه بما لا يقتل غالبا قصد قتله أو لم يقصده [٥] وظاهر مما سبق أن اشتراط قصد القتل هو المميز بين

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٤، ١٨٥

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٩، ٢٢٠.

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢، ٣، ٤ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ ـ ٢٤٠، حاشية البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٢٩، ١٣١.

(٤) المغنى ج ٩ ص ٣٢١، ٣٣٧.

(٥) الاقناع ج ٤ ص ١٦٣، ١٦٨.



وقد أدى وجود القاعدة الثانية إلى الاختلاف بين الفقهاء فى تطبيق القاعدة الأولى على جرائم القتل والضرب ، كذلك تختلف آراء الفقهاء فى القتل عنها فى القتل والجرح .

الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح القتل ، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرما معاقباً عليه باعتباره قتلا عمداً . لكنهم اختلفوا فى العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن تكون العقوبة الدية ودرؤوا عقوبة القصاص عن الجانى على أساس أن الإذن بالقتل شبهة، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول: «ادرؤوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى. ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص . فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[١]

والرأى الراجح فى مذهب مالك : أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلا عمداً ، ولكن بعض أصحاب هذا الرأى يرون أن تكون العقوبة القصاص و يعاقب بالعقوبة المقررة له ، و يرى البعض الآخر أن الإذن شبهة تدرأ القصاص ، ومن ثم يوجبون الدية ، أما الرأى المرجوح فنسبه ابن عرفة « لسحنون » ومقتضاه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط العقوبة فلا قصاص ولا دية و إنما التعزير ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى « كتاب المتيدة » أنه يرى عقاب القاتل وإن كان يدرأ القصاص عنه للشبهة[٢] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٦ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٦ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٦ والشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٣

وفى مذهب الشافعى رأيان : أولهما : أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة ولا يبيح الفعل ومن ثم فلا قصاص ولا دية ، ثانيهما : أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة . ولكنه شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية[1] وبعض أصحاب هذا الرأى يرى القصاص لأن الإذن ليس شبهة .

أما أحمد فيرى أن لا عقاب على الجانى لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن العقوبة فى القتل[2] وهذا يتفق مع الرأى الأول فى مذهب الشافعى .

٩٢ ـ الرضاء بالجرح : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلا عمداً لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع ، فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحاً ولا قطعاً ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شىء على الجانى إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[3] .

وفى مذهب مالك أن الإذن بالجرح والقطع لا عبرة به إلا إذا استمر مبرأ له بعد الجرح والقطع فإن لم يبرئه بعد الجرح والقطع ففيه العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية ، أما إذا استمر مبرئاً له يسقط العقوبة المقررة وهى القصاص والدية ويحل محلهما التعزير مالم يؤد الجرح أو القطع إلى الموت فيعاقب الجانى

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ـ ٢٣٧ .

ويعتبر المجنى عليه معيناً ولو قصد الجانى أن يصيب أى شخص من جماعتـــه ، لأن الجماعة تصبح كلها مقصودة ، فتصير معينة أفراداً وجماعة .

ويفرقون في مذهب مالك أيضا بين قصد شخص معين وبين قصد شخص غير معين فإن قصد الجانى معينا فالفعل قتل عمد ، وإن قصد غير معين أيا كان فلا يعتبر القتل عمداً وإنما يعتبر خطأ[1] .

ويتفق مذهب أبى حنيفة وأحمد مع القانون المصرى اتفاقا تاما ، فالمـادة ٢٣١ عقوبات تنص على أن الإصرار السابق هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتـكاب جنحة أو جناية غرض المصر منها ايذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه . سواء كان ذلك القصد معلقا على حدوث أمر أو موقوفا على شرط ، وتطبيقا لهذا النص حكمت محـكمة النقض بأنه إذا صوب شخص بندقية إلى جمع محتشد ، وأطلق منها عياراً ناريا أو عـــدة أعيرة نارية أصاب بعضها شخصا أو أكثر من هذا الجمع وقتله ، عد القاتل مرتـكبا لجريمة القتل عمداً لتوفر قصد القتل عنده[2] .

أما مذهب الشافعى ومالك فظاهر أنهما يخالفان القانون .

٩٦ ـ الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : يراد بالخطأ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، ويراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل ، فمن رمى صيداً أو غرضا أو آدميا معينا فأخطأه وأصاب شخصا آخر فقد أخطأ فى فعله ، أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى قصد الفاعل فمن رمى شخصا على أنه مرتد أو حربى فإذا هو معصوم أو رماه على أنه زيد فتبين أنه عمرو فقد أخطأ فى قصده .

وللفقهاء نظريتان مختلفتان فى الخطأ فى الشخص والشخصية : الأولى لمالك

---

(١) الشرح الـكبير للدردير ج ٤ ص٢١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ س ٢٤٠ .

(٢) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٢٨ محاماة ٩ عدد ١٠٦ .

وأصحابه ، وتلخص فى أنه إذا قصد الجانى شخصا فأصاب غيره ، أو قصد شخصا على أنه زيد فتبين أنه بكر فإن الجانى يكون قاتلا عمداً فى الحالين ، سواء قصد القتل أو قصد مجرد العدوان على وجه الغضب لا على وجه اللعب أو التأديب وبعض فقهاء المذهب يرى أن الحالة الأولى ليست قتلا عمداً ، بل هى قتل خطأ[1]

ويرى بعض فقهاء المذهب الحنبلى : أن الفعل المقصود أصلا إذا كان محرما فإن الخطأ فى الفعل أو الظن لا يؤثر على مسؤولية الجانى شيئا لأنه قصد فعلا محرما قتل به إنسانا ، فهو إذن قاتل له عمداً[2] ، أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم ، فإن الخطأ فى الفعل أو الظن يكون له أثره على مسؤولية الجانى لأنه قصد فعلا مباحا ، فإذا أخطأ فى فعله أو ظنه فهو قاتل خطأ لا عمدا .

والنظرية الثانية يأخذ بها فقهاء مذهب أبى حنيفة ومذهب الشافعى والفريق الأخير من فقهاء مذهب أحمد ، وهؤلاء جميعا يرون أن من قصد قتل شخص فأخطأ فى فعله وأصاب غيره أو أخطأ فى ظنه وتبين أنه أصاب غير من قصده ، فإن الجانى يكون مسؤولا عن القتل الخطأ فقط ، سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحا أو محرما[3] .

٩٧ ـ مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية : والرأى السائد فى القوانين الوضعية يتفق مع رأى أصحاب النظرية الأولى ، إذ تأخذ القوانين الوضعية الجانى بقصده ، فما دام قد قصد القتل والضرب ونفذ قصده فيستوى بعد ذلك أن يكون أصاب من قصده أو أصاب غيره ، وقضاء المحاكم المصرية مستقر على أن من تعمد قتل إنسان . فأصاب آخر فهو قاتل عمداً لهذا الآخر[4] .

٩٨ ـ القصد الاحتمالى : ولا شك أن الشريعة الإسلامية تعرف حق المعرفة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤٣ . والشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٧ الإقناع ج ٤ ص ١٦٨ والمغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

(٤) نقض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٩ قضية ٢٠٨٥ سنة ٤٦ ق .

المجنى عليه أو فى اللطمة ذاتها ما يدعو الجانى إلى العلم بأن اللطمة قد تؤدى الوفاة

١٠٠ - اثبات القصد الجنائى - يشترط أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن يثبت القصد القتل ثبوتاً لاشك فيه فإن كان هناك شك فى أن الجانى قصد القتل اعتبر الفعل قتلا شبه عمد و يستدل هؤلاء الفقهاء أصلا على وجود قصد القتل بالآلة أو الوسيلة التى استعملها الجانى فإن كانت قاتلة غالباً فالقتل عمد وإن كانت لاتقتل غالباً فالقتل شبه عمد[1] وكون الآلة قاتلة غالباً ليس فى ذاته دليلا يقبل النفى على قصد القتل وللجانى أن ينفى عن نفسه قصد القتل وأن يثبت أنه مع استعماله الآلة أو الوسيلة القاتلة غالباً لم يكن يقصد القتل فإن أثبت هذا اعتبر الفعل شبه عمد وعلى هذا يمكن القول بأن استعمال الآلة القاتلة يعتبر فى ذاته دليلا على قصد القتل يصح لهيئة الاتهام أن تكتفى به إذا لم يكن ثمة ماينفيه ويصح لها أن تضيف إليه أدلة أخرى من ظروف الواقعة أو ظروف المتهم والمجنى عليه او أقوال الشهود .

وليس فى مذهب الإمام مالك ما يمنع من الاستدلال على قصد المتهم بالآلة المستعملة فى القتل أو بمحل الإصابة ولكن ليس من الضرورى فى المذهب إثبات قصد القتل لدى الجانى إذ يكفى أن يثبت أنه أتى الفعل بقصد العدوان وأنه لم يأت به على وجه اللعب أو التأديب

* * *

المبحث الثاني

فى القتل شبه العمد

١٠١ - ذكرنا أن القتل شبه العمد مختلف عليه بين الفقهاء فمالك يرى أن القتل صنفان: عمد وخطأ فمن زاد عليهما فقد زاد على النص ويحتج بأن القرآن لم ينص إلا على العمد والخطأ فقط حيث قال الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا

---

(١) راجع الفقرات من ٣١ - ٣٨ والفقرة ٨٧

متعمداً ﴾ ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ﴾ أما أبو حنيفة والشافعى وأحمد فيقولون بالقتل شبه العمد و يرون أن القتل على ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ و يحتجون بقوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وبأن عمر وعليا وعثمان وزيد بن ثابت وأبا موسى الأشعرى والمغيرة قالوا بالقتل شبه العمد ولا مخالف لهم من الصحابة كما يحتجون بأن القصد مسألة تتعلق بنية الجانى ولا يطلع على النيات إلا الله تعالى و إنما الحكم يدار على الظاهر وليس أدل على النية وأكثر إظهارا لها من الآلة المستعملة فى القتل فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أى حكم من قصد القتل ومن قصد الضرب بآلة لاتقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ ففعله يشبه العمد لأنه قصد ضربة و يشبه الخطأ لأنه ضرب بما لا يقتل غالبا وما لا يقتل غالبا يدل على أنه لم يقصد القتل[١] ولذلك سمى هذا النوع من القتل بشبه العمد[٢] لأنه يماثل القتل العمد فى كل شيء ولا يختلف عنه إلا فى قصد الجانى والمفروض أن مرتكب القتل العمد يعتدى على المجنى عليه بقصد قتله أما مرتكب القتل شبه العمد فيعتدى على المجنى عليه بقصد الاعتداء دون أن يفكر فى قتله[٣] فالفرق بين النوعين هو فى نية الجانى التى يستدل عليها بالآلة المستعملة فى الجريمة ومن ثم تشابه القتلان تشابها شديداً دعا لتسمية أحدهما بالقتل شبه العمد إذا كان الثانى يسمى بالقتل العمد

١٠٢ - يعرف الحنفيون شبه العمد بأنه ماتعمدت ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد أو غير ذلك مما يفضى إلى الموت فإن فى هذا الفعل معنيين أولهما : معنى العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب وثانيهما : معنى الخطأ

---

(١) يعبر أبو حنيفة عن هذه الفكرة بقوله أن القتل بآلة غير معدة له دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ .

(٣) راجع الفقرة ٨٩ من هذا الكتاب لتفهم جيداً الفرق بين العمد وشبه العمد فى القصد.

به حيوانا مفترساً كالدب أو أليفاً كالكلب[١]

١٠٧ — ويستوى أن يحدث الفعل أثراً ماديا فى جسم المجنى عليه أو أن يحدث به أثراً نفسياً يؤدى بحياته فمن شهر على إنسان سيفا أوصوب إليه بندقية فمات رعبا قبل أن يضربه ومن دلى إنسانا من شاهق فمات رهبة ورعباً ومن أفزع امرأة حاملا فألقت حملها من الرعب وماتت بسبب الإجهاض يسأل عن القتل شبه العمد ولو أن فعله لم يحدث أثراً ماديا مباشراً بجسم المجنى عليه[٢] .

ولا يتفق القانون المصرى والفرنسى مع الشريعة فى هذا ولكن الكثيرين من الشراح يرون أنه من القصور أن لا يعاقب هذان القانونان على مثل هذه الحالات أما القانون الإنجليزى فيعاقب على مثلها فعلا .

١٠٨ — وليس ثمة مايمنع عند الشافعى وأحمد عن مسؤولية الجانى عن القتل شبه العمد ولو لم يكن الموت نتيجة مباشرة لفعله كمن طلب إنسانا بسيف مجرد أو بندقية أو ما يخيف فهرب منه فتلف فى هربه كأن سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو غرق فى ماء أو احترق بنار أو سقط فتلف أو خر فى مهواة من بئر أو غيره ففى كل هذه الأحوال يعتبر الطالب مرتكبا لجريمة القتل شبه العمد ولو أن فعله ليس هو الذى أدى مباشرة للموت على خلاف فى الإطلاق والتقييد بين الشافعى وأحمد سبق بيانه[٣] .

١٠٩ — ويشترط فى المجنى عليه أن يكون معصوماً ، فإن لم يكن معصوماً ، فلا يعتبر الفعل جريمة قتل و إنما يمكن اعتبار ماوقع اعتداء على

---

(١) يرى أبو حنيفة شخصياً أن من حرش كلباً أو غيره على آخر لا يكون معتمداً لأن للكلب اختياراً وإنما يكون مخطئاً فإذا قتله الكلب كان مسؤولا عن القتل الخطأ فقط ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد ويريان الفعل قتلا شبه عمد .

(٢) راجع الفقرتين ٥٩ ، ٦٠ من هذا الكتاب .

(٣) راجع الفقرة ٦٧ من هذا الكتاب .

السلطات العامة . وقد بينا معنى العصمة بمناسبة الكلام على القتل العمد[1] ولكنا لم تذكر من المهدرين إلا ما اقتضى الكلام عن القتل العمد ذكرهم فبقى منهم من لم نذكره وهم : السارق سرقة عقوبتها قطع اليد ، والزانى غير المحصن ، والقاذف وشارب الخمر ، فهؤلاء مهدرون فيما يختص بتنفيذ العقوبة عليهم ، فمن قطع يد السارق لا يعاقب على قطعه ، ولكنه يعتبر معتديا على السلطات العامة التى من اختصاصها قطع السارقين ، ومن جلد الزانى غير المحصن أو القاذف أو شارب الخمر لا يعاقب على جريمة الضرب وإنما يعاقب على أنه افتات على السلطات العامة ، وأتى بعمل اختصت به نفسها ، والعلة فى إباحة هذه الأفعال أنها حدود لا يجوز العفو عنها ، ولا التراخى فى تنفيذها ، وهى واجبة على الجماعة فكل فرد يعتبر مسؤولا عن تنفيذها ، والأمر سهل إذا كان دم المجنى عليه مهدراً إهداراً كلياً . ولكن إذا كان الإهدار جزئياً لتنفيذ حد لا يقتل من الحدود التى ذكرناها الآن ثم مات المجنى عليه نتيجة لتنفيذ الحد من أحد الأفراد فهل يعتبر الفعل قتلا شبه عمد أم لا ؟ .

قطع السارق : يعتبر السارق الذى سرق سرقة يجب فيها القطع غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما باقى أعضائه فمعصوم وكذلك نفسه[2] ، فإذا عدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فلا يعاقب على القطع لأنه قطع عضواً غير معصوم ، ويستوى عند أحمد أن يكون القطع قبل الحكم بالسرقة أو بعده مادامت السرقة ثبتت على السارق ولكن يشترط أن تكون الدعوى مقامة ، فإن لم تكن الدعوى رفعت ، اعتبر القاطع قاطعاً عمداً ، وإذا شهد الشهود بالسرقة ولم يحكم القاضى بالقطع انتظاراً لتعديل الشهود فقطعه قاطع فلا عقوبة عليه إذا عُدِّلت الشهود ــ أى ثبتت عدالتهم وصلاحهم ــ

(١) راجع الفقرات من ١٧ إلى ٢٧ من هذا الكتاب .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .

فإن لم تعدّل الشهود فهو قاطع ليد معصومة عمداً . ويرى الشافعى مثل مايراه أحمد.

أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان أن يكون القطع بعد الحكم ، فإن كان بعده فلا مسؤولية على القاطع بسبب القطع وإنما يؤاخذ على الافتيات على السلطات ، أما إذا كان القطع قبل الحكم فهو مسؤول عن القطع[1] .

وإذا أدى القطع إلى الوفاة فلا يسأل القاطع عن موته إلا إذا كان مسؤولا عن قطعه ، فإن كان مسؤولا عن القطع فهو مسؤول عن قتله عمداً . وإن لم يكن مسؤولا فلا مسؤولية .

والحجة فى عدم المسؤولية : أن الموت تولد عن قطع واجب وأن إقامة الحدود واجبة ولا تحتمل التأخير ، فالضرورة تقتضي بالتسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا يتعطل تنفيذ الحدود .

والفرق عند أبي حنيفة بين هذه الحالة وحالة القصاص ، أن القصاص حق المقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير فى حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة

أما الواجب فلا يتقيد بشرط السلامة ولاشك أن إقامة الحد واجب على كل فرد من الجماعة ولو أن الذى خصص لإقامته هو نائب الجماعة[2] .

١١٠ ــ ويشترط أن يؤدى الفعل لوفاة المجنى عليه ، ويستوى أن تكون الوفاة على أثر الفعل أو بعده بزمن طال هذا الزمن أو قصر ، فإذا لم يمت المجنى عليه من الفعل وشفى عوقب الجانى باعتباره ضارباً أو جارحاً أو قاطعاً بحسب ما انتهت إليه حالة المجنى عليه ، فإن فقد من المجنى عليه عضو أو زالت منفعته عوقب الجانى على هذه النتيجة ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى هذا المبدأ فهى لاتعتبر الجانى شارعاً فى جريمة ضرب مفض إلى الموت إذا لم يؤد

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١ والبحر الرائق جـ ٥ ص ٦٢ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٥ ، البحر الرائق جـ ٥ ص ٣١٩ .

الضرب للموت ، وإنما تعتبره محدثا لعاهة أو ضاربا بحسب ماتنتهى إليه حالة المجنى عليه .

١١١ - ويصح أن يصدر الفعل من الجانى مباشرة . كأن يضرب المجنى عليه بعصا أو يرميه بحجر ، ويصح أن يتسبب فى الفعل دون أن يباشره كأن يغرى به كلبا فيعضه فيموت من العضة أو يضع له مزلقا فى الطريق فيسقط فيه فيموت من سقطته ، فالجانى مسؤول عن القتل شبه العمد فى حالتى المباشرة والتسبب ، ولا فرق عند أبى حنيفة فى القتل شبه العمد بين عقوبة القتل المباشر والقتل بالتسبب كما هو الحال فى القتل العمد .

١١٢ - وتنطبق على القتل شبه العمد كل القواعد التى ذكرت فى باب القتل عن المباشرة والسبب والشرط والمسألة عنها . وتعدد المباشرة والسبب والتمالؤ والقتل على الاجتماع والقتل على التعاقب واجتماع المباشرة مع السبب[1] وقد تكلمنا عن هذه القواعد بما فيه الكفاية فلا داعى لإعادة الكلام عنها .

من كان عليه قصاص متلف كقطع أصبع أو يد أو رجل أو أذن فهو غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود مايستحقه ، فليس للمستحق أن يقطع غير العضو المماثل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص ، أما لو كان القاطع أجنبياً فهو مسؤول عن القطع لأن المقطوع معصوم فى حقه .

وإذا اقتص المستحق فى طرف ، فسرى القصاص إلى النفس ، ومات المقتص منه ، فلا يسأل الوالى عن القتل شبه العمد ، لأنه مات من فعل مباح[2] وهو تنفيذ العقوبة .

وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، أما أبو حنيفة فيرى أن المقتص مسؤول عن القتل شبه العمد ، وحجة الفريق الأول أن الموت

---

(١) راجع الفقرات من ٤٣ - ٥٦ من هذا الكتاب .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٨ ، المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ .

حدث بفعل مأذون فيه ، ولا يعتبر جريمة ، فما تولد منه لا يعتبر جريمة . فإن ماتولد عن المباح مباح . وحجة أبى حنيفة أن الفعل المأذون له فيه هو القطع وهو حقه ، ولـكنه استوفى أكثر من حقه ، وجاء بالقتل ففيه مسؤولية[1] .

١١٣ - ويشترط أن يكون الفعل الذى أتاه الجانى محرما عليه ، فإن كان حقه أو من واجبه أن يأتى الفعل فأدى الفعل للموت فالمسؤولية تختلف بحسب حدود الحق ، و باختلاف أصحاب الحق كما تختلف بحسب اختلاف الشخص المحمل بالواجب وسنفصل ذلك فيما يأتى :

حق التأديب ، حق التطبيب ، الألعاب الرياضية ، حق القصاص ، التعزير قطع السارق ، الجلد فى حد .

الركن الثانى

أن يتعمد الجانى الفعل

١١٤ - يشترط أن يتعمد الجانى إحداث الفعل المؤدى للوفاة دون أن يتعمد قتل المجنى عليه ، وهذا هو المميز الوحيد بين جريمتى القتل العمد وشبه العمد ، ففى الأول يتعمد الجانى إصابة المجنى عليه وفى الوقت ذاته يقصد من الإصابة قتله ، وفى الثانى يتعمد إصابة المجنى عليه ولا يتعمد قتله فالفاصل بين الجريمتين أصلا هو قصد الجانى ، فإن قصد القتل فالفعل قتل عمد و إن قصد مجرد العدوان ولم يقصد القتل فالفعل شبه عمد ، و يستدل على نية الجانى قبل كل شىء بالآلة أو الوسيلة التى يستعملها فى القتل ، فإن كانت الآلة تقتل غالباً ، فالفعل قتل عمد مالم يثبت الجانى أنه لم يقصد القتل ، و إن كانت الآلة لاتقتل غالباً ، فالفعل قتل شبه عمد ولو توجه قصد الجانى فعلا للقتل ، لأن القتل لايكون إلا بالآلة الصالحة لإحداثه ، فإن لم تـكن الآلة صالحة لإحداثه كانت نية القتل

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٣٠٥ .

عبثاً[١] ويستدل على القصد بعد الآلة المستعملة بشهادة الشهود واعتراف الجانى ، وتتميز جريمة القتل شبه العمد عن القتل الخطأ بقصد الفاعل أيضاً ، ففى شبه العمد يأتى الفاعل الفعل بقصد العدوان دون أن يقصد القتل ، أما فى القتل الخطأ فيأتى الفعل دون أن يقصد عدوانا أو يقع منه الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه دون أن يقصد الفعل بالذات .

١١٥ ـ **القصد الاحتمالى** : والجانى فى القتل شبه العمد مأخوذ بقصده الاحتمالى ، فإن نيته لاتتجه لقتل المجنى عليه عند ارتكاب الحادث ، وما كان يتوقع أن يؤدى الحادث للقتل ، ولكنه يسأل عن القتل باعتباره نتيجة لعمله وكان فى وسعه أن يتوقعها أو كان يجب عليه أن يتوقعها[٢]

١١٦ ـ **القصد المحدود أو غير المحدود** : ويستوى عند الفقهاء فى القتل شبه العمد أن يقصد الجانى شخصاً معيناً بالفعل الذى أدى للقتل ، أو يقصد شخصا غير معين أيا كان ، فالجانى مسؤول فى الحالين عن فعله ، ويعاقب عليه بعقوبة القتل شبه العمد إذا أدى للموت[٣]

١١٧ ـ **الخطأ فى الشخص الخطأ فى الشخصية** : وإذا قصد الجانى شخصاً معينا فأخطأه وأصاب غيره ، كأن رماه بحجر فلم يصبه وأصاب الآخر وقصد شخصاً على أنه زيد فتبين أنه عمرو . فإن الجانى يسأل عن القتل الخطأ إذا توفى المجنى عليه . ولا يسأل عن القتل شبه العمد وهذا هو الرأى فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما البعض الآخر فيرى أن الجانى يسأل عن القتل شبه العمد إذا كان الفعل الذى قصده محرماً ، أما إذا كان غير محرم فيسأل عن القتل الخطأ[٤] .

---

(١) راجع الفقرة ٨٩ فى هذا الكتاب .
(٢) راجع الفقرة ٩٨ فى هذا الكتاب .
(٣) راجع الفقرة ٩٥ فى هذا الكتاب .
(٤) راجع الفقرة ٩٦ فى هذا الكتاب .

١١٨ ـ رضاء المجنى عليه : وإذا كان المجنى عليه قد أذن بالفعل المؤدى للموت فيرى أبو حنيفة مسؤولية الجانى عن القتل شبه العمد لأن الجانى أذن بالجرح ولم يأذن بالقتل فلما مات المجنى عليه تبين أن الفعل وقع قتلاً لا جرحاً ويخالفه أبو يوسف ومحمد فى هذا الرأى كما يخالفه الشافعى وأحمد ، ويرون أن لامسؤولية على الجانى ، وقد تكلمنا عن هذا بتفصيل بمناسبة الكلام على القتل العمد[1] .

ولا عبرة بالبواعث التى دفعت الجانى لارتكاب الفعل ، فسواء كانت هذه البواعث شريفة أو وضيعة فلا أثر لها على الجريمة ولا أثر لها على العقوبة ، لأن العقوبة حد لا يجوز تخفيفها ولا إيقافها ولا العفو عنها .

الركن الثالث

أن يكون بين الفعل والموت رابطة السببية

١١٩ ـ يشترط أن يكون بين الفعل الذى ارتكبه الجانى وبين الموت رابطة السببية ، أى أن يكون الفعل علة مباشرة الموت أو أن يكون سببا فى علة الموت ، فاذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجانى عن موت المجنى عليه ، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضاربا .

١٢٠ ـ ويكفى أن يكون فعل الجانى هو السبب الأول فى إحداث الوفاة ، ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة كإهمال العلاج أو إساءة العلاج أو ضعف المجنى عليه أو مرضه أو غير ذلك . وقد تكلمنا على ذلك بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على القتل العمد ، وما قلناه هناك ينطبق هنا مما

---

(١) راجع الفقرة ٩٢ من هذا الكتاب .

هو خاص بتعدد الأسباب وتواليها وانقطاع آثارها ، وتغلب بعضها على البعض الآخر[١] .

١٢١ - والقضاء المصرى يتجه اتجاه الشريعة مخالفاً بذلك النظرية الفرنسية ، ومن المبادىء التى قررتها محكمة النقض المصرية ، أنه لا يقبل من المتهم الاحتجاج بأن وفاة المجنى عليه الذى أصابته ضربة من الغير مطالباً بأن يعمل كل احتياط لما عساه أن يحدث من هذه الضربة طالما أنه لم يعمل عملا إيجابياً ساءت به حالته[٢] . وحكمت أيضا محكمة النقض بأنه إذا كان سبب الوفاة هو التسمم الصديدى الناشىء من الإصابة مع الضعف الشيخوخى . فلا يقبل من المتهم القول لعدم توفر رابطة السببية بين الضرب والوفاة ، لأنه متى كان الضرب الذى وقع من المتهم هو السبب الأول المحرك للعوامل الأخرى المتنوعة التى تعاونت بطريق مباشر أو غير مباشر على إحداث النتيجة النهائية ، فإن المتهم مسؤول عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله ، ومأخوذ فى ذلك بقصده الاحتمالى ولو لم يكن يتوقع هذه النتائج لأنه كان يجب عليه قانوناً أن يتوقعها[٣] .

المبحث الثالث

في القتل الخطأ

١٢٢ - الأصل فى العقاب على القتل الخطأ قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنةٍ وديةٌ مسلمةٌ إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير

(١) تراجع الفقرات من ٦٨ إلى ٧٣ من هذا الكتاب .

(٢) نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ قضية رقم ١١٣٩ سنة ٤٧ قضائية .

(٣) نقض ٢٠/١١/٩٣٣ قضية رقم ٢٠٥٨ سنة ٣ ق .

رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين تو بة من الله ، وكان الله عليماً حكيما ﴾ [سورة النساء : الآية ٩٢] .

١٢٣ ـ ويرى بعض الفقهاء أن الخطأ نوع واحد . ولكن بعضهم يقسمه إلى نوعين :

١ ـ قتل خطأ محض .

٢ ـ قتل فى معنى القتل الخطأ

والخطأ المحض هو ماقصد فيه الجانى الفعل دون الشخص . ولكنه أخطأ فى فعله أو فى ظنه . ومثل الخطأ فى الفعل أن يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدميا ، والخطأ فى ظن الفاعل كمن يرمى شخصا على ظن أنه مهدر الدم فإذا هو معصوم وكمن يرمى ما يحسبه حيوانا فيتبين أنه إنسان أما ماهو فى معنى القتل الخطأ ، فهو مالا قصد فيه إلى الفعل ولا الشخص ، أى أن الجانى لايتعمد إتيان الفعل الذى يسبب الموت ولا يقصد المجنى عليه،وهذا النوع من القتل الخطأ قد يحدث من الجانى مباشرة ، وقد يحدث بالتسبب ، والأول كمن انقلب على نائم بجواره فقتله أو سقط منه شىء كان يحمله على آخر فمات منه ، والثانى كمن حفر بئراً فسقط فيها آخر فمات ، وكمن ترك حائطه دون إصلاح ، فسقط على بعض المارة أو كمن أراق ماء فى الطريق فانزلق به أحد المارة وسقط على الأرض فجرح جرحا أودى بحياته . والفقهاء الذين لايرون تقسيم الخطأ يدخلون تحته ما يدخله الآخرون تحت هذين القسمين فالفرق بين الفريقين فى منطق الترتيب والتبويب لاغير .

ولعل الذى دعا القائلين بالتقسيم إلى تقسيم الخطأ ،أنهم رأوا أن طبيعة الفعل فى الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلا فى معنى الخطأ ، ففى الخطأ المحض يتعمد الجانى الفعل ، أما فى النوع الثانى فلا يتعمده ،وعلة تقسيم النوع الثانى إلى قتل مباشر وقتل بالتسبب ، أن القتل المباشر فيه الكفارة دون القتل بالتسبب ، والكفارة عقوبة تعبدية أو هى دائرة بين العقوبة والعبادة وتخص

المسلم دون غيره .

١٢٤ ــ وماجاء فى الشريعـــة عن الخطأ يتفق مع ماجاء فى القوانين الوضعية بحثه وإذا كان شراح القوانين لايقسمون الخطأ هذه التقاسيم ويكتفون بإدراجها كلها تحت لفظ الخطأ كما فعل بعض الفقهاء إلا أن ماتعتبره القوانين خطأ لايخرج عن نوع من الأنواع التى ذكرها فقهاء الشريعة .

١٢٥ ــ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الجانى يكون مسئولا كلما كان الفعل والترك نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم احتياط وتحرز أو عدم تبصر أو مخالفة لأوامر السلطات العامة أو الشريعة ومن ثم يكون أساس جرائم الخطأ فى الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه الجرائم فى القوانين الوضعية وبصفة خاصة القانونين المصرى والفرنسى وسنعرض فيما يأتى أمثلة مما يراه فقهاء الشريعة خطأ تأييداً لما قلناه .

١٢٦ ــ ويسير الفقهاء عامة على[1] قاعدتين عامتين يحكمان مسئولية الجانى فى الخطأ وبتطبيقهما نستطيع أن نقول إن شخصاً ما أخطأ أو لم يخطىء .

القاعدة الأولى : كل مايلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز منه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصر فى الاحتياط والتبصر فإذا كان لايمكنه التحرز منه إطلاقاً فلا مسئولية .

القاعدة الثانية : إذا كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعا وأتاه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعدّ من غير ضرورة وما تولد منه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لايمكن التحرز عنه

١٢٧ ــ ( ) من كان يمشى فى الطريق حاملا خشبة فسقطت منه على إنسان فقتلته فهو مسئول عن قتله لأنه يستطيع أن يتحرز ويحتاط فلم يفعل ولكن الغبار الذى يثيره مشى الإنسان فى الطريق إذا جاء فى عين إنسان فأتلفها لايسأل عنه الماشى لأن إثارة الغبار عن المشى مما لايمكن التحرز منه .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ و٢٧٢ .

(٢) ـ من سير دابة أو ساقها أو قادها فوطئت إنساناً أو كدمته أو صدمته فهو مسئول عن ذلك كله لأنه مما يمكن التحرز عنه بحفظ الدابة وتنبيه الناس ، أما نفح الدابة برجلها أو ذنبها فلا يمكن التحرز منـــه وكذلك بولها وروثها ولعابها فلو نفحت الدابة برجلها أو ذنبها إنساناً فأحدثت به إصابة مات منها ولو أتلف بولها أو روثها أو لعابها ملابس إنسان أوزلق فيه فسقط وأصيب فلا مسئولية على الراكب أو السائق أو القائد لأن سبب الإصابة مما لايمكن التحرز عنه ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «والرجل جبار» أى نفح الدابة برجلها جبار أى لامسئولية عنه .

(٣) ـ ماتثيره الدابة بسيرها من الغبار والحصى الصغار لاضمان فيه أى لامسئولية عنه لأنه لايمكن التحرز فيه أما إثارة الحصى الكبار ففيه المسئولية لأنها لاتثار إلا عند السير العنيف وهو مما يمكن التحرز منه .

(٤) ـ إذا أوقفت الدابة فى الطريق العام فقتلت إنساناً فمن أوقفها مسئول عن قتله سواء وطئت بيدها أو برجلها أو كدمت أو صدمت أو خبطت بيدها أو نفحت برجلها أو بذنبها وكذلك هو مسئول عما يعطب بروثها أو بولها أو لعابها كل ذلك مضمون عليه سواء كان راكباً لها أم لا ، لأن وقوف الدابة فى الطريق العام ليس بمأذون فيه شرعا ، إنما جعل الطريق للمرور فإذا كان الوقوف لاضرورة فيه فهو تعد من غير ضرورة وماتولد منه يكون مضموناً عليه سواء كان مما يمكن التحرز منه أم لايمكن التحرز منه .

(٥) ـ ومن ربط فى غير ملـكه فهو مسؤول عما أصابته من شىء بيدها أو رجلها وعما عطب بروثها أو بولها أو لعابها لأنه متعد بالوقوف فى غير ملـكه.

(٦) ـ فإذا أوقفها فى ملـكه فلا ضمان عليه إلا فيما وطئت بيدها أو رجلها وهو راكبها ، وإذا كان الوقوف فى محل مخصص لذلك كموقف معد للحيوانات فى الشارع العام أو كموقف الحيوانات فى السوق العام فهو كما لو أوقف الدابة فى ملـكه الخاص .

(٧) ـ ولو نفرت الدابة أو انفلتت من صاحبها بالرغم منه فما أصابت فى نفارها وانفلاتها فلا مسؤولية عنه لقوله عليه السلام : «العجماء جبار» أى البهيمة جرحها جبار ولأنه لاصنع له فى نفارها وانفلاتها ولم يكن فى إمكانه أن يتحرز عن فعلها .

(٨) ـ من أحدث شيئا فى الطريق كمن أخرج جناحا أو شرفة ، أو نصب ميزابا ، أو بنى دكانا ، أو وضع حجراً أو خشبة أو متاعا . فعثر بشىء من ذلك عاثر . فوقع فمات ، أو وقع على غيره فقتله ، أو حدث به أو بغيره من العثرة والسقوط جناية من قتل أو غيره ، أو صب ماء فى الطريق فزلق به إنسان فهو مسؤول عن ذلك كله وعما عطب من الدواب وتلف من الأموال ؛ لأنه تسبب فى التلف بإحداث هذه الأشياء وهو متعد فى التسبب ، فكل ماتولد من التعدى يكون مضمونا عليه . ولو كان التحرز منه غير ممكن ..

(٩) ـ إذا أشعل ناراً فى داره أو فى أرضه وكان من المتوقع أن يصل الشرر إلى دار غيره أو أرضه لهبوب الهواء قبل إشعال النار فهو ضامن لما احترق فى فى دار جاره أو أرضه لعدم تبصره ولعدم احتياطه .

(١٠) ـ إذا سقى أرضه فأسرف حتى أضر السقى بأرض جاره أو كان بأرضه شق فنزل الماء فى أرض جاره فهو ضامن لعدم تبصره وعدم احتياطه وتقصيره .

(١١) إذا رش الطريق فجاوز المعتاد فى الرش فهو ضامن .

(١٢) ـ ولو تناهى فى الاحتياط والتبصر والتحرز فجرت حادثة لاتتوقع أو صاعقة فسقط بها شىء من ملكه كميزاب أو شرفة وأتلف إنسانا أو شيئا فلا مسؤلية ولا ضمان[1] .

هذه هى بعض الأمثلة التى ضربها فقهاء الشريعة على الخطأ وظاهر منها أن

---

(١) راجع فى هذا المثل والأمثلة السابقة بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ ـ ٢٨٦ . والمغنى ج ٩ ص ٥٥٨ ـ ٥٧٧ . ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٣٣ ـ ٣٥٠ . ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ ـ ٢٤٣ ومن ص ٣٢٠ ـ ٣٢٣ .

المسؤولية تختلف فى حالة ما إذا كان الفعل مباحا عنها فى حالة ما إذا لم يكن مباحا فإن كان الفعل مباحا فالمسؤولية أساسها التقصير الذى يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير وهذا الذى تقوم عليه المسئولية فى الخطأ فى الشريعة هو نفس مايأخذ به القانون المصرى الناقل عن القانون الفرنسى فهو ينص على المسئولية فى حالة التقصير بصوره المختلفة من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الانتباه كما ينص على المسؤوليه فى حالة عدم مراعاة واتباع اللوائح ولا يشترط التقصير فى الحالة الأخيرة[١] .

أركان القتل الخطأ

١٢٨ ــ للجناية على النفس خطأ ثلاثة أركان : أولها ــ فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه . ثانيها ــ أن يقع الفعل خطأ من الجانى . ثالثها ــ أن يكون بين الخطأ ونتيجة الفعل رابطة السببية .

الركن الأول

فعل يؤدى لوفاة المجنى عليه

١٢٩ ــ يشترط أن يقع بسبب الجانى أو منه فعل على المجنى عليه سواء كان الجانى أراد الفعل وقصده كما لو أراد أن يرمى صيداً فأصاب إنسانا أو وقع الفعل نتيجة إهماله وعدم احتياطه دون أن يقصده كأن انقلب وهو نائم على طفل بجواره فقتله .

١٣٠ ــ ولا يشترط فى الفعل أن يكون من نوع معين كالجرح مثلا بل يصح أن يكون أى فعل مما يؤدى للموت كالاصطدام بشخص أو شىء وتزليق

---

(١) راجع المادتين ٢٣٨ ، ٢٤٤ من قانون العقوبات المصرى .

الطريق وحفر بئر فيها وإسقاط ماء ساخن أو نار على المجنى عليه أو إسقاطه في ماء أو سقوط حائط عليه .

١٣١ ـ وكما يصح أن يكون الفعل مباشراً يصح أن يكون بالتسبب كمن ألقى ماء فى الطريق أو قشر موزاً أو بطيخا فتزلق فيه آخر فسقط وأصيب فمات من إصابته ومن حفر بئراً أو حفرة ولم يتخذ حولها مانعا فسقط فيها إنسان فمات من سقطته .

١٣٢ ـ ويجوز أن يكون الفعل إيجابا كمن يلقى حجراً من شرفته ليتخلص منه دون قصد إصابة أحد فيصيب أحداً ويجوز أن يكون الفعل تركا كترك الكلب العاقر فى الطريق فيعقر إنسانا ويحدث به إصابات تميته وكعدم إصلاح الحائط المائل أو المختل حتى يسقط على إنسان فيميته .

١٣٣ ـ ويصح أن تكون وسيلة الموت مادية كما يصح أن تكون معنوية فمن أثار رائحة كريهة أدت إلى إسقاط حامل وموتها ومن صاح على حيوان صيحة مزعجة فمات منها إنسان رعبا أو أزعجه فسقط من مرتفع ومات من سقطته يعتبر قاتلا خطأ فى كل هذه الحالات وأمثالها .

١٣٤ ـ ويشترط أن يؤدى الفعل إلى الوفاة ويستوى أن تكون الوفاة على أثر وقوع الحادث أو بعده طالت المدة أو قصرت فإن لم يمت المجنى عليه كان الفعل جناية خطأ على مادون النفس .

١٣٥ ـ وينطبق على القتل الخطأ كل القواعد التى ذكرت فى باب القتل العمد عن المباشرة والسبب والشرط والمسؤولية عنها وتعدد المباشرة والسبب واجتماعهما والقتل على التعاقب[١] .

١٣٦ ـ وليكون الجانى مسؤولا عن فعله يجب أن يكون المجنى عليه

---

(١) راجع الفقرات من ٤٣ إلى ٥٦ فى هذا الكتاب .

معصوما وقد تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام عن القتل العمد وفيما ذكر هناك الكفاية[1]

الركن الثاني

الخطأ

١٣٧ ـ الخطأ هو الركن المميز لجرائم الخطأ على العموم ، فإذا انعدم الخطأ فلا عقاب ، ويعتبر الخطأ موجوداً كلما ترتب على فعل أو ترك نتائج لم يردها الجانى بطريق مباشر أو غير مباشر ، سواء كان الجانى أراد الفعل أو الترك أم لم يرده ، ولكنه وقع فى الحالين نتيجة لعدم تحرزه أو لمخالفته أوامر السلطات العامة ونصوص الشريعة .

١٣٨ ـ ومن المسلم به أنه لاعقاب على عدم التحرز فى ذاته ، أو مخالفة الأوامر والنصوص ، فإن لم يكن شيء من هذا فلا عقاب ، إلا إذا تولد عن عدم التحرز أو مخالفة الأوامر والنصوص ضرر ، فإذا تولد الضرر فقد وجدت

---

(١) يعتبر الإمام مالك من القتل الخطأ الأفعال التى تقع من الجانى بقصد تأديب المجنى عليه أو بقصد اللعب إذا أدت للوفاة ، ولعله أخذ بهذا الرأى نتيجة لقوله : إن القتل إما عمد وإما خطأ فقط ، ولاوسط بينهما ، ورأيه فيما يختص بالأفعال التى يقصد بها التأديب يخالف آراء بقية الفقهاء الذين يقررون الفعل قتلا شبه عمد كما يخالف القانونين المصرى والفرنسى اللذين يقرران الفعل ضرباً أفضى إلى موت ، وهو يتفق مع رأى بقية الفقهاء ، أما فيما يختص بالأفعال التى ترتكب بقصد اللعب أو تنشأ عنه فرأى مالك فيها يتفق مع رأى بقية الفقهاء كما يتفق مع القوانين الوضعية .

ويرى أبو حنيفة من الخطأ أن يغرى إنسان كلبه فيعقر آخر فيقتله ، وحجته أن الكلب لا يعقر مكرها ، ولكن يعقر مختاراً فلا يمكن أن ينسب لصاحب الكلب إلا أنه أهمل ، ويخالفه أبو يوسف ومحمد ويعتبران الفعل قتلا شبه عمد ورأيهما يتفق مع رأى الشافعى وأحمد أما مالك فيعتبر الفعل قتلا عمداً . البدائع ج٧ ص١٨٣ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

المسؤولية عن الخطأ ، وإذا انعدم الضرر فلا مسؤولية[1] .

١٣٩ - ومقياس الخطأ فى الشريعة هو عدم التحرز ، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير ، فيدخل تحته الإهمال وعدم الاحتياط وعدم التبصر والرعونة والتفريط وعدم الانتباه وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز .

١٤٠ - ومخالفة الأوامر والنصوص يدخل تحتها نصوص الشريعة نفسها ونصوص القوانين واللوائح والأوامر التى تصدرها السلطات التشريعية ، ومجرد المخالفة يعتبر خطأ فى ذاته وترتب عليه مسؤولية المخالف سواء فيما يمكن التحرز فيه أو مالا يمكنه أن يتحرز فيه ، ولكن يشترط للمسؤولية أن يكون هناك ضرر كما قدمنا .

١٤١ - ولا يشترط أن يكون الخطأ بالغا حدا معينا من الجسامة ، فيستوى أن يكون خطأ الجانى جسيما أو تافها ، فهو مسؤول جنائيا لمجرد حصول الخطأ وعليه أن يتحمل نتيجة خطئه ، وهى نتيجة لا تختلف باختلاف جسامة الخطأ أو تفاهته ، لأن عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة ذات حد واحد ولا يجوز إنقاصها ولا إيقافها ولا العفو عنها من السلطات العامة . وينبنى على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يطالب بتعويض ماأصابه من ضرر إذا برأت المحكمة المختصة الجانى لأنه لم يحدث منه خطأ .

الركن الثالث

أن يكون بين الخطأ والموت رابطة السببية

١٤٢ - يشترط ليكون الجانى مسؤولا أن تكون الجناية قد وقعت

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

نتيجة لخطئه ، بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ، وبحيث يكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالسبب ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا مسؤولية على الجانى .

١٤٣ ـ ويسأل الجانى عن الموت ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى كسوء العلاج واعتلال صحة المجنى عليه أو صغر سنه أو ضعف تكوينه ، كذلك يسأل عن الموت ولو اشترك فى الخطأ أكثر من شخص بغض النظر عن عدد الإصابات التى تسبب فيها كل ، وفحش هذه الإصابات ، مادامت الإصابة المنسوبة للجانى مهلكة بذاتها أو ساهمت فى إحداث الوفاة . وتعتبر رابطة السببية متوفرة سواء كان الموت نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن يعبث ببندقيته فتنطلق منه خطأ فتصيب المجنى عليه فتقتله ، أو كان الموت ليس نتيجة مباشرة للخطأ ، كمن حفر بئراً عدوانا ، فجاء السيل ودحرج بجوارها حجراً فعثر المجنى عليه بالحجر فسقط فى البئر فمات من سقطته .

١٤٤ ـ والجانى مسؤول عن خطئه ولو توالت الأسباب وبعدت النتائج مادام العرف يعتبره مسؤولا عن هذه النتائج ، وقد تكلمنا طويلا عن رابطة السببية بمناسبة القتل العمد . وما قيل هناك يمكن أن يقال هنا .

١٤٥ ـ واشتراك شخص أو أشخاص فى الخطأ لا يعفى الجانى من مسؤولية القتل العمد ، ولكنه يخفف من العقوبة ، إذ تقسم عليهم الدية بحسب عددهم لا بحسب عدد إصاباتهم ، فإذا اشترك ثلاثة فى قتل رابع خطأ ، فعليهم ديته أثلاثا بغض النظر عن جسامة فعل كل منهم وعدد إصاباته مادام فعله قد ساهم فى إحداث الوفاة .

١٤٦ ـ وإذا اشترك المجنى عليه مع الجانى فى الخطأ ، تخفف العقوبة بقدر نصيب المجنى عليه لأنه اشترك فى الفعل ، فأعان على نفسه ، فمثلا إذا اشترك أربعة فى حفر بئر فوقعت عليهم فمات أحدهم ، فعلى كل من الثلاثة الباقين ربع دية فقط ، وإذا كان عشرة يرمون بالمنجنيق فرجع عليهم بخطئهم فأصاب أحدهم

فمات فعلى الباقين كل منهم تسع دية و يسقط عشر الدية مقابل اشتراك المجنى عليه في الخطأ الذى أعان به على نفسه ، وقد قضى على بن أبى طالب بمثل هذا فى قضية موضوعها : أن عشرة مدوا نخلة فسقطت على أحدهم فمات فقضى على الباقين كل بعشر الدية ، وأسقط عشرها لأن القتيل أعان على نفسه[١] .

ولكن الفقهاء يختلفون فى حالة المصادمة . فيرى بعضهم عقاب كل متصادم عقوبة كاملة عن فعله ، ويرى البعض الآخر أن الموت حدث من فعلين فنصف العقوبة[٢] .

والرأى الثانى يتفق مع ما تأخذ به المحاكم فى مصر وفرنسا ، فإن اشتراك المجنى عليه فى الخطأ لا يخليه من المسؤولية الجنائية ولكنه يؤثر على التعويض ، ويدعو إلى تخفيف العقوبة .

١٤٧ — وتعتبر رابطة السببية قائمة سواء كان الموت نتيجة مباشرة لفعل الجانى أو كان نتيجة مباشرة لفعل غيره من إنسان أو حيوان ، ما دام الجانى هو المتسبب فى الفعل ، فمن يعبث ببندقيته ، فتنطلق منه خطأ فتصيب المجنى عليه . فهو مسؤول عن القتل إذا مات ، ومن يكلف أجيراً بحفر بئر فى طريق فسقط فيها أحد فمات من سقطته ، فالقاتل هو المالك ما دام الأجير لا يعلم أنها فى ملك الآخر ، ومن قاد دابة فعقرت شخصاً فمات من العقر فالقاتل هو القائد .

المبحث الرابع
فى عقوبات القتل العمد

١٤٨ — للقتل العمد فى الشريعة أكثر من عقوبة ، منها ما هو أصلى ، ومنها ما هو تبعى والعقوبات الأصلية هى :

١ — القصاص ٢ — الدية ٣ — التعزير والكفارة على رأى ، والعقوبات التبعية

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٢٧٨ والمغنى ج ٧ص٥٥٩ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٥٠

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٧٣ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٣ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٣ .

اثنتان : ١ ـ الحرمان من الميراث ٢ ـ الحرمان من الوصية .

١٤٩ ـ القصاص : تجب عقوبة القصاص بارتكاب جريمة القتل العمد في الشريعة ومعنى القصاص المماثلة أي مجازاة الجاني بمثل فعله وهو القتل ويستوي لتوقيع هذه العقوبة أن يكون القتل مسبوقاً بإصرار أو ترصد أو غير مسبوق بشيء من ذلك كما يستوي أن يصحب القتل جريمة أخرى أولا يصحبه شيء ، فالعقوبة على القتل العمد هي القصاص في كل حال إلا في حالة الحرابة . أي عندما يقترن القتل بسرقة فالعقوبة في هذه الحالة هي القتل والصلب ولكن العقوبة لا تقع على الجاني باعتباره قاتلاً متعمداً بل باعتباره محارباً أي قاطع طريق .

١٥٠ ـ وعقوبتا الدية والتعزير كلاهما بدل من عقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص حلت محله عقوبة الدية مضافاً إليها التعزير إن رأت ذلك الهيئة التشريعية وإذا امتنعت عقوبة الدية لسبب من الأسباب الشرعية حلت محلها عقوبة التعزير فالفرق بينهما أن عقوبة التعزير تكون أحيانا بدلا من القصاص وتكون أحياناً بدلا من بدل القصاص أي بدلا من عقوبة الدية التي هي في الأصل بدل من عقوبة القصاص أما عقوبة الدية فهي بدل من القصاص فقط .

١٥١ ـ ويترتب على اعتبار الدية بدلا من القصاص نتيجتان : أولهما ـ أنه لا يجوز للقاضي أن يجمع بين العقوبتين جزاء عن فعل واحد ولكن الجمع يجوز إذا تعددت الأفعال فيجمع بينهما باعتبار القصاص عقوبة عن بعض الأفعال والدية عقوبة عن البعض الآخر فمن قتل شخصاً عمداً لا يصح أن يعاقب إلا بعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص فعقوبة الدية والتعزير أو الدية فقط فإن امتنعت الدية فالعقوبة التعزير ومن قتل شخصين جاز أن يعاقب على قتل أحدهما بالقصاص وعلى قتل ثانيهما بالدية والتعزير إذا امتنع القصاص وبالتعزير فقط إذا امتنع القصاص والدية فتكون نتيجه الحكم عليه أنه عوقب بالقصاص والدية والتعزير وخلاصة ما سبق أنه لا يجوز الجمع بين عقوبة أصلية وعقوبة بدلية إذا كانت الأخيرة مقررة بدلا من الأولى أو بمعنى آخر لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية

و بدلها ولـكن يجوز الجمع بين بدلين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمثلا يجوز الجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص و يجوز الجمع بين القصاص والـكفارة وكلاهما عقوبة أصلية ، ولا جدال فى أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً .

١٥٢ — و يترتب على أن القصاص أصل والدية والتعزير بدل أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحـكم بالعقوبة الأصلية ولسبب من الأسباب الشرعية التى تمنع القصاص فإذا لم يكن هناك مانع ، وجب الحـكم بالعقوبة الأصلية .

١٥٣ موانع القصاص : العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد هى القصاص فيحكم بهذه العقوبة على الجانى كلما توفرت أركان الجريمة إلا إذا كان هناك سبب يمنع من الحـكم بالقصاص والأسباب التى تمنع الحـكم بالقصاص ليس فيها سبب واحد متفق عليه كلها مختلف فيه ولـكن بعضها أخذ به معظم الفقهاء والبعض أخذ به أقلهم وسنذكرها جميعاً فيما يلى :

١٥٤ — **أولا** : أن يكون القتيل جزءاً من القاتل : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد[1] إذا كان القتيل جزءاً من القاتل امتنع الحـكم بالقصاص ، ويكون القتيل جزءاً من القاتل إذا كان ولده ، فإذا قتل الأب ولده عمداً فلا يعاقب على قتله بالقصاص لقوله عليه السلام: «لا يقاد الوالد بولده» ولقوله «أنت ومالك لأبيك» والحديث الأول صريح فى منع القصاص والحديث الثانى و إن لم يكن صريحاً فى منع القصاص إلا أن نصه يمنع منه لأن تمليك الأب ولده و إن لم تثبت فيه حقيقة الملـكية تقوم شبهة فى درء القصاص إذ القاعدة فى الشريعة « درء الحدود بالشبهات » .

أما الولد فيقتص منه لوالده سواء كان أبا أو أما إذا قتله طبقاً للنصوص العامة لأن النص الخاص لم يخرج من حكم النصوص العامة إلا الوالد فقط و يعللون هذه التفرقة فى الحـكم بين الوالد والولد بأن الحاجة إلى الزجر والردع فى جانب

(١) بدائع الصنائع ص ٢٣٥ ، المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ، والمغنى ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها .

الولد أشهر منها فى جانب الوالد لأن الوالد يحب ولده لولده لا لنفسه دون أن ينتظر نفعاً منه إلا أن يحيى ذكره ، وهذا يقتضى الحرص على حياته أما الولد فيحب والده لنفسه لا لوالده أى أنه يحبه لما يصل إليه من منفعة عن طريقه وهذا لا يقتضى الحرص على حياة ولده لأن مال والده كله يؤول إليه بعد وفاته وحبه لنفسه يتعارض مع الحرص على حياة والده[١] ويعلل البعض[٢] التفرقة فى الحكم بأن الوالد كان سبباً فى إيجاد الولد فلا يصح أن يكون الولد سبباً فى إعدامه وهو تعليل يراه البعض بعيداً عن الفقه لأن الأب إذا زنى بابنته يرجم فتكون سبب إعدامه مع أنه سبب وجودها والحقيقة أن الابن والبنت ليسا سبب إعدام الأب وإنما ارتكاب الأب للجريمة فى كل حال كان سبب إعدامه[٣] ويدخل تحت لفظى الوالد والولد باتفاق الفقهاء الثلاثة كل والد وإن علا وكل ولد وإن سفل فيدخل تحت الوالد الجد أب الأب والجد أب الأم وإن علا[٤] ويدخل تحت الولد ولد الولد وإن سفلوا

وحكم الأم هو حكم الأب فإذا قتلت الأم ولدها فلا يقتص منها لأن النص جاء بلفظ الوالد وهى أحد الوالدين فاستوت فى الحكم مع الأب فضلا عن أنها أولى بالبر فكانت أولى بنفى القصاص عنها ولأحمد رأى آخر غير معمول به وهو قتل الأم بولدها ويعلل هذا الرأى بأن الأم لا ولاية لها على ولدها فتقتل به ويرد على هذا الرأى بأن الولاية لا دخل لها فى منع القصاص بدليل أن الأب لا يقتص منه إذا قتل ولده الكبير مع أنه لا ولاية له على ولده[٥].

والجدة كالأم فيما سبق سواء كانت من قبل الأب أو من قبل الأم فحكمها

---

(١) بدائع الصنائع ج ٩ ص ٢٣٥

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٥٩ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج ٢ ص ٢٥٠ .

(٤) يرى الحسن بن حى أن الجد لا يدخل تحت لفظ الوالد ويرد عليه بأن الحكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد ومن ثم كان الجد والداً .

(٥) مغنى ج ٩ ص ٣٦١ .

حكم الجد ويمتنع القصاص عن الوالد سواء كان مساوياً للولد فى الدين والحرية أو مخالفاً له فى ذلك لأن انتفاء القصاص أساسه شرف الأبوة وهو موجود فى كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل الرقيق ولده الحر فلاقصاص لشرف الأبوة ومكانتها[١] ولأحمد رأى آخر غير معمول به ملخصه : أن الابن لا يقتل بوالده لأنه مما لاتقبل شهادة له بحق النسب فلا يقتل به كما لايقتل الأب بولده حيث لا تقبل شهادة له ورد هذا الرى بأن النصوص العامة تقضى بأن يقتل كل منهما بالآخر لولا النص الخاص الذى جاء قاصراً على الوالد . وأن الوالد أعظم حرمة وحقاً على الإبن من أى شخص أجنبى فإذا كان الإبن يقتل بالأجنبى فبالأب أولى كذلك فإن الإبن يحد بقذف الأب فيقتل به[٢].

ويخالف مالك الفقهاء الثلاثة ، ويرى قتل الوالد بولده كلماانتفت الشبهة فى فى أنه أراد تأديبه أو كلما ثبت ثبوتاً قاطعاً أنه أراد قتله ، فلو أضجعه فذبحه أو شق بطنه أو قطع أعضاءه فقد تحقق أنه أراد قتله ، وانتفت شبهة أنه أراد من الفعل تأديبه ، ومن ثم يقتل به ، أما إذا ضربه مؤدباً أو حانقاً ولو بسيف أو حذفه بحديدة أو ما أشبه فقتله فلا يقتص منه ، لأن شفقة الوالد على ولده وطبيعة حبه له تدعو دائماً إلى الشك فى أنه قصد قتله وهذا الشك يكفى لدرء الحد عنه[٣] فلايقتص منه ، وإنما عليه دية مغلظة .

والقتل كما جاء فى المدونة من العمد لا من الخطأ فهو فى حال القاتل لاتحمل العاقلة منه شيئاً[٤].

والأصل أن الخطأ فيه دية مخففة لا دية مغلظة ، وأن للدية المغلظة ، هى العقوبة البدلية التى تحل محل القصاص ، أى عقوبة العمد ، فهل اعتبر مالك

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦١

(٢) مغنى ج ٩ ص ٣٦٥ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ والمدونة ج ٦ ص ١٠٦ — ١٠٨ .

(٤) صفحة ١٠٧ ، ١٠٨ من المدونة ج ١٦ .

الفعل قتلا عمداً ودرأ القصاص للشبهة ؟ طبقا لقوله عليه السلام « ادرؤوا الحدود بالشبهات » ومن ثم رأى القضاء بالدية المغلظة بدلا من القصاص ، أم أنه اعتبر الفعل قتلا خطأ ورأى تغليظ الدية لشناعة الجريمة ؟ الراجح أن الفعل يعتبر قتلا عمداً . وأن القصاص درء للشبهة المتمكنة فى القصد كما سنبينه بعد ، على أنه يمكن القول باعتبار الفعل خطأ ثم تغليظ الدية لشناعة الجريمة ، والأم فى ذلك مثل الأب فى الحكم فى حالة تغليظ الدية ، ومثل الوالد الجد ومثل الولد ولد الولد .

وهناك رأى ثالث بأن مالكا اعتبر الفعل قتلا شبه عمد وأنه لم يسلم بالقتل شبه العمد إلا فى هذه الحالة ، وهو رأى له سند فى المذهب ، وإنما جاء به أصحابه تعليلا للحكم ، ولاشك أن أحد العقابين السابقين أجدر منه بالقبول وأقرب إلى المبدأ الذى قام عليه المذهب .

وبهذه المناسبة يحسن أن نفصل القول عن تطبيق قاعدة درء الحدود بالشبهات فى جريمة القتل ، فمعنى هذه القاعدة أن كل شبهة قامت فى فعل الجانى أو قصده يترتب عليها درء الحد إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، ويعاقب الجانى بدلا من عقوبة الحد بعقوبة تعزيرية ، ومن السهل تطبيق هذه القاعدة فى جرائم الحدود جميعاً على هذه الصورة ، ولكن تطبيق القاعدة فى جرائم القتل نادر مع إمكانه ، فهى تقريباً معطلة التطبيق وإن كانت فى الواقع تطبق معنى لاصورة ، لأن القتل وهو فعل واحد قسم إلى أنواع مختلفة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ففى العمد إذا قامت الشبهة فى الفعل فإنه لايمكن درء الحد بالشبهة لأن الفعل بعد قيام الشبهة يكون قتلا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة فى القصد ، فإن الفعل يكون قتلا شبه عمد ، وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة ، وكذلك إذا كان الفعل قتلا شبه عمد ، فقامت الشبهة فى الفعل أو القصد ، فإن الفعل يعتبر قتلا خطأ أو جرحا ، وإذا قامت الشبهة فى القتل الخطأ فإن الفعل يعتبر جرحا خطأ ، فالشبهة فى القتل تحوّل نوع القتل إلى ماهو أدنى منه ، وتدرأ الحد الأعلى بالحد الأدنى ، فكأن القاعدة تطبق معنى لاصورة ،

وليس لتطبيق القاعدة مجال عند مالك ، لأنه يقسم القتل إلى نوعين فقط عمد وخطأ ، لأن مالا يعتبر عمدا عنده يعتبر خطأ ، فإذا قامت الشبهة فى القصد أو الفعل اعتبر العمد قتلاً خطأ أو جرحاً .

قتل الرجل بزوجته :

و يقيس الليث بن سعد والزهرى الزوج على الأب . فالإبن وماله ملك لأبيه طبقا لحديث الرسول . والزوجة ملك للزوج بعقد النكاح ، فهى أشبه بالأَمَة . فإذا منعت شبهة الملك القصاص هناك ، منعته كذلك هنا . ولكن جمهور الفقهاء لايرون هذا الرأى وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة . فعندهم أن الزوجين شخصان متكافئان فيقتل كل منهما بقتل الآخر كالأجنبيين ، وما يقال من أن الزوج يملك الزوجة غير صحيح ، فهى حرة ولا يملك منها الزوج إلا متعة الاستمتاع ، فهى أشبه بالمستأجرة وفضلا عن هذا فإن النكاح ينعقد لها عليه كما ينعقد له عليها ، بدليل أنه لايتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وتطالبه فى حق الوطء بما يطالبها ، ولكن له عليها فضل القوامة التى جعل الله عليها بما أنفق من ماله ، أى بما وجب عليه من صداق ونفقة ، ولو أورث هذا شبهة لأورثها فى الجانبين لا فى جانب واحد .

١٥٥ — *ثانيا* : يشترط مالك والشافعى وأحمد أن يكون المجنى عليه مكافئا للجانى ، فإن لم يكن مكافئا امتنع الحكم بالقصاص ، و يعتبر المجنى عليه مكافئا للجانى عندهم ، إذا لم يفضله الجانى بحرية أو إسلام ، فإذا تساويا فى الحرية والإسلام فهما متكافئان ، ولا عبرة بعد ذلك بما بينهما من فروق أخرى فلا يشترط التساوى فى كمال الذات ، ولا سلامة الأعضاء ، ولا يشترط التساوى فى الشرف والفضائل ، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها والصحيح بالمريض والأمثل والكبير بالصغير والقوى بالضعيف ، والعالم بالجاهل . والعاقل بالمجنون والأمير بالمأمور ، والذكر بالأنثى . الخ .

ولاخلاف بين الفقهاء فى قتل الرجل بالرجل والأنثى بالأنثى لقوله تعالى :

﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ ولكنهم اختلفوا فى تفسير هذه الآية ، فمنهم من رأى أنها تعرضت لحكم النوع إذا قتل نوعه ؛ ولكنها لم تتعرض لأحد النوعين إذا قتل النوع الآخر ، ومن ثم فقد اختلفوا فى ذلك إلى رأيين .

الرأى الأول يرى أصحابه - وهو رواية عن على بن أبى طالب - يرى أصحاب هذا الرأى بأن الرجل يقتل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية وحجة هذا الفريق أن النص لم يتعرض إلا لحكم النوع إذا قتل نوعه . وإن دية المرأة نصف دية الرجل ، فإذا قتل بها بقى له بقية فيستوفى ممن قتله(١) وأن أرادوا استحيوه وأخذوا منه دية المرأة

وإذا قتلت امرأة رجلا ، فإن أراد أولياؤه قتلها قتلوها وأخذوا نصف الدية وإلا أخذوا دية صاحبهم واستحيوها .

ويقول القرطبى : إن أبا عمر علق على هذا الرأى بقوله : إذا كانت المرأة لاتكافىء الرجل ، ولا تدخل تحت قول النبى : « المسلمون تتكافأ دماؤهم » فلم قتل الرجل بها وهى لا تكافئه ؟ وكيف تؤخذ نصف الدية مع القتل وقد أجمع العلماء على أن الدية لا تجتمع مع القصاص ؟ وأن قبول الدية يحرم دم القاتل ويمنع القصاص(٢) وأصحاب الرأى الثانى يرون أن الذكر يقتل بالأنثى كما تقتل الأنثى بالذكر . ومن هذا الرأى الأئمة الأربعة وحجتهم قوله تعالى: « الحر بالحر » وقوله عليه السلام: « المسلمون تتكافأ دماؤهم » وأنه صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب الفرائض والسنن وذكر فيه أن الرجل يقتل بالمرأة ، والرجل والمرأة شخصان يحد كل منهما بقذف الآخر ، فيقتل كل منهما بالآخر كالرجلين، ولايجب مع القصاص شىء لأنه قصاص واجب ، فلاتجب معه الدية كسائر القصاص واختلاف الديات لاعبرة به فى القصاص ، بدليل أن الجماعة تقتل بالواحد ، والنصرانى بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، والعبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(١) المغنى ص ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٢) القرطبى جـ ٢ ص ٢٤٨ .

ومذهب الشيعة الزيدية أنه إذا قتلت امرأة رجلا وجب أن تقتل المرأة بالرجل، ولا يزيد شيء على قتلها، وإذا قتل الرجل المرأة قتل الرجل بها، ويستوفى ورثته - أى أولياء الدم - نصف دية، ولا يجب القصاص إلا بشرط التزامهم ذلك

وبشرط التكافؤ فى المجنى عليه لافى الجانى، فإذا كان المجنى عليه لايكافىء الجانى امتنع القصاص كأن يكون القاتل مسلماً والقتيل كافراً، أو كان القاتل حراً والقتيل عبداً، ولكن التكافؤ لايشترط فى الجانى، فإن كان الجانى لايكافىء المجنى عليه، فإن هذا لايمنع من القصاص، لأن شرط التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى. ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى، فإذا قتل: الكافر مسلما أو العبد حرا قتل به على الرغم من انعدام التكافؤ بينهما، لأن النقص فى الجانى وليس فى المجنى عليه، والنقص هو الكفر والعبودية، والزيادة هى الإسلام والحرية.

ا - **الحرية**: يرى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد. أن الحر لايقتل بالعبد. لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال: « من السنة أن لايقتل حر بعبد » أو كما يروى عن ابن عباس « لايقتل حر بعبد » ويرون أن العبد منقوص بالرق فلا يكافىء الحر. والمكافأة بالحرية شرط عندهم فى المجنى عليه لا فى الجانى، فإذا كان المجنى عليه حرا والجانى عبداً اقتص من الجانى، وإذا كان المجنى عليه عبداً والجانى حراً لم يقتص من الجانى[1].

أما أبو حنيفة فيرى القصاص بين الأحرار والعبيد ولا يشترط التكافؤ فى الحرية للقصاص، ويستوى عنده أن يكون الحر هو القاتل للعبد أو العبد هو القاتل للحر، فالقصاص واجب الحكم به على الجانى فى الحالين.

ولكن أبا حنيفة[2] يرى استثناء أن لايقتل السيد بعبده، فإذا كان القتيل مملوكا للقاتل أو كان للقاتل فيه شبهة الملك، امتنع القصاص من القاتل لقوله

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٦ ومابعدها، المهذب ج٢ ص ١٨٦، المغنى ج٩ ص ٣٤٨.
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥.

صلى الله عليه وسلم « لايقاد الوالد بولده ولاالسيد بعبده » وعلة المنع أنه لو وجب القصاص لوجب للسيد ولا يمكن أن يكون القصاص له وعليه ، هذا إذا كان يملكه كله ، فإن كان يملك بعضه ، فلا يقتص منه ، لأن القصاص عقوبة لاتتبعض ، فلا يمكن استيفاء بعضها دون بعض . وإذا كان له شبهة الملك فيه لايقتص منه ، لأن الشبهة فيما يقتص منه تلحق بالحقيقة درءاً للحد أما إذا قتل العبد سيده فإنه يقتص منه ، لأن معنى القصاص عام ، ولم يستثن منه إلا قتل السيد لعبده ، وظاهر مما سبق أن أبا حنيفة يتفق مع الأئمة الثلاثة فى قتل السيد لعبده ، ويختلف معهم فيما عدا ذلك .

وهناك من يرى أن يقتص من السيد إذا قتل عبده ، فالنخعى وداود يريان قتل السيد بعبده لما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه »[1] .

هذه خلاصة آراء الفقهاء فى التكافؤ بين الحر والعبد . رأينا الإتيان بها لإعطاء فكرة عن أحكام الشريعة فى هذه الناحية ، ونحن نعلم أن الرق قد أبطل اليوم ، فلا سيد ولا مسود ، ولعل أول شريعة دعت إلى إبطال الرق وحثت عليه هى الشريعة الإسلامية .

ب ـ الإسلام . قتل المسلم بغيره : يرى مالك والشافعى ، أن المسلم لايقتل بكافر أياً كان إذا قتله ، لأن الكافر لايكافىء المسلم ، ولكن الكافر يقتل بالمسلم إذا قتله ، لأنه قتل الأدنى بالأعلى ويرون تطبيق هذا الحكم على الذميين ولو أنهم يؤدون الجزية ، وتجرى عليهم أحكام الإسلام ، وحجتهم ، أن التكافؤ فى الإسلام شرط وجوب القصاص وأن الكفر نقصان ، فإذا وجد الكفر امتنعت المساواة ، ويمتنع وجوبُ القصاص ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

---

(١) المغنى جـ ٩ ص ٣٤٩ .

ولأن فى عصمة الأمى شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافى وهو الكفر - والأصل فى الكفر أنه مبيح للدم، ولكن عقد الذمة منع الإباحة فبقاء الكفر يورث الشبهة والشبهة تدرأ الحد، وإذا كان المسلم لا يقتل بالمستأمن وهو كافر فكذلك الذمى[١].

ويرى أبو حنيفة أن المسلم يقتل بالذمى وأن الذمى يقتل بالمسلم لأن النصوص التى جاءت بعقوبة القصاص عامة فالله تعالى يقول: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ ويقول: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ ويقول: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ فهذه النصوص عامة لم تفصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم ومظلوم، فمن ادعى التخصيص والتقييد فهو يدعيه بلا دليل ولقد قال الله تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب﴾ وتحقيق معنى الحياة فى قتل المسلم بالذمى أبلغ منه فى قتل المسلم بالمسلم لأن العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصاً عند الغضب فكانت الحاجة إلى الزاجر أمس، وكان فرض القصاص أبلغ فى تحقيق معنى الحياة ويخالف الإمام مالك زميله، فيرى قتل المسلم بالذمى إذا قتله غيلة، والغيلة هى أن يخدعه غيره ليدخله موضعاً يأخذ ماله.

والقتل الغيلة هو نوع من الحرابة عند مالك، ولا يعترف به الشافعى، وأحمد وأبو حنيفة[٢] فإن للقتل الغيلة حكماً خاصاً، فهو قتل فيه القصاص إن توفرت شروطه، وإذا كان مالك يقيسه على الحرابة فإنهم لا يرون ذلك[٣].

كذلك يحتجون بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه أقاد مؤمناً بكافر وقال: أنا أحق من وفى بذمته، ويفسرون حديث لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهد، بأن المراد من الكافر المستأمن وأن « ذو عهد » معطوف

---

(١) مواهب الجليل، جـ ٦ ص ٢٣٦ وما بعدها - المهذب جـ ٢ ص ١٨٥ المغنى. جـ ٩ ص ٣٤١ وما بعدها.
(٢) مواهب الجليل ٣٣٣.
(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٣.

على مؤمن فمعنى الحديث : لايقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد بكافر .

ويردون على القول : بأن فى عصمة الذمى شبهة العدم ، بأن دم الذمى حرام لايحتمل الإباحه بحال مع قيام الذمة ، وأنه بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام ، وأن الكفر ليس مبيحاً على الإطلاق ، وأن الكفر المبيح هو الكفر الباعث على الحرب ، وكفر الذمى ليس بباعث على الحرب فلا يكون مبيحاً ، كذلك فإن المساواة فى الدين ليست بشرط للقصاص ، لأن الذمى إذا قتل ذميا ثم أسلم القاتل فإنه يقتل به قصاصاً كما يسلم به الجميع ولا مساواة بينهما فى الدين وقد قال على رضى الله عنه ، إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كعصمة دم المسلم وماله ، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى ولو كان فى عصمته شبهة لما قطع المسلم ، كما لا يقطع فى سرقة مال المستأمن ، لأن المال تبع للنفس ، وأمر المال أهون من النفس ، فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله ، لأن أمر النفس أعظم من المال[١] .

ورأى أبى حنيفة يتفق مع القوانين الوضعيـة الحديثة ، فهى لا تفرق فى العقوبه لاختلاف الدين ، والقانون المصرى لا يفرق بين ذمى ومسلم فكلاهما يقتل بالآخر .

قتل المسلم فى دار الحرب . يرى أبو حنيفة أنه إذا قتل مسلم حربياً أسلم وبقى فى دار الحرب ، فلا قصاص على القاتل ، لأنه وإن قتل مسلماً ، إلا أن المقتول من أهل دار الحرب . فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة فى عصمته لأنه إذا لم يهاجر إلى دار الإسلام فهو مكثر سواد الكفار ، ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان الرسول ، وهو وإن لم يكن منهم ديناً فهو منهم دارا وهذا هو الذى أورثه الشبهة ، ولو كانا مسلمين تاجرين أو أسيرين فى دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فلا قصاص أيضاً[٢] للشبهة ولتعذر الاستيفاء .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٧ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٢٧ .

أما الأئمة الثلاثة ، فيرون القصاص سواء كان القتل فى دار الحرب أو دار الإسلام ، وسواء هاجر القتيل أم لم يهاجر[١]

قتل الكافر بغيره : وإذا قتل الذمى مسلماً قتل به اتفاقا . لأنه فى رأى أبى حنيفة قتل داخل تحت النصوص العامة ، وعند الأئمة الثلاثة يقتل به مع وجود التفاوت . لأنه تفاوت إلى النقصان ولا يمنع القصاص إلا التفاوت إلى زيادة ، ولا يعتبر قتل الذمى للحربى جريمة اتفاقا ، لأن الحربى مباح الدم على الإطلاق[٢] .

ولا يقتل الذمى بالمستأمن عند أبى حنيفة،لأن عصمة المستأمن ليست مطلقة، بل هى مؤقتة إلى غاية مقامه فى دار الإسلام . إذ المستأمن أصلا من أهل دار الحرب ، وإنما دخل دار الإسلام لعارض على أن يعود إلى وطنه الأصلى ، فكانت فى عصمته شبهة العدم ، ويرى أبو يوسف أنه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل[٣]

ويقتل المستأمن بالمستأمن عند أبى حنيفة قياسا ، ولا يقتل قياسا لقيام المبيح[٤] ويرى مالك والشافعى وأحمد ، أن الكفار يقتلون بعضهم ببعض دون تفريق ، فالذمى يقتل بأى كتابى أو مجوسى أو مستأمن[٥] ولو اختلفت دياناتهم

١٥٦ ـ ثالثا : إذا لم يباشر الجانى الجناية ولكنه عاون عليها أو حرض عليها : ـ

محل هذا الشرط أن يتعدد الجناة ،لأن الجانى الواحد يباشر الجناية بنفسه ، سواء كان القتل مباشرة أو تسببا ، أما إذا تعدد الجناة فإن بعضهم قد يباشر الجناية بنفسه وبعضهم قد يعين المباشرين ، وبعضهم قد يحرض على الجناية .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٦ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص٢٣٧ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ .المغنى ج٩ص٣٤٢ .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء الأربعة أن تمدد الجناة لايمنع من الحكم عليهم بالقصاص مادام كل منهم قد باشر الجناية(١) وإذا كان القصاص يقتضى المماثلة فإن المماثلة شرط فى الفعل لا فى عدد الجناة والمجنى عليهم ،وأحق مايجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لايوجد عادة إلا على سبيل الاجتماع ، فلو لم يجعل فيه القصاص لانسد باب القصاص، إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إليه ليبطل القصاص عن نفسه ، وفى هذا مايفوت الغرض من فرض القصاص وهوالحياة ومنع القتل ،قال الله تعالى: ﴿ ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون ﴾ .

وهناك رواية عن أحمد : بأن القصاص يسقط عن الجناة إذا تعددوا وتجب عليهم الدية ، ويرى ابن الزبير وابن سيرين وآخرون : أن يقتل من القاتلين واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية ، وحجتهم فى عدم القصاص من الجمع أن كل واحد منهم مكافىء للجانى ، فلا يستوفى أبدال بمبدل واحد ، كما لا تجب ديات لمقتول واحد . وأن الله تعالى قال﴿ الحر بالحر ﴾و﴿النفس بالنفس﴾ ومقتضاه أن لايؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة(٢) .

وإذا كان الفقهاء الأربعة قد اتفقوا على القصاص من الجماعة للفرد إذا باشروا القتل فإنهم اختلفوا فى حالة الإعانة على القتل أو التحريض عليه ، والمسائل المختلف عليها أربع : أولها ـ الإعانة فى حالة التمالؤ ،ثانيها ـ إمساك القتيل للقاتل ثالثها ـ الأمر بالقتل ، رابعها ـ الإكراه على القتل .

أولا الإعانة فى حالة التمالؤ :ـ

ذكرنا قبلا أن التمالؤ عند أبى حنيفة هو التوافق . وأن باقى الأئمة يرون التوافق قتلا على الاجتماع لاتمالؤ فيه ، وأن التمالؤ عندهم هو الاتفاق السابق على ارتكاب جريمة القتل ، والفرق بين الحالين أن المباشرين فى حالة الاتفاق يعتبر

---

(١) راجع الفقرات من ٥٢ إلى ٥٤.

(٢) راجع المغنى ج ٩ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ .

كل منهم قاتلا ، ولو كان فعله بالذات غير قاتل ، ما دام الموت كان نتيجة أفعال الجميع ، أما فى حالة التوافق فلا يعتبر المباشر قاتلا إلا بشروط بيناها عند الكلام على القتل على الاجتماع .

ولا خلاف فى أن القاتل فى الحالين يقتص منه ولو تعدد المباشرون ، سواء كان اجتماعهم على القتل نتيجة اتفاق سابق أو توافق غير منتظر .

ولكن الخلاف فى حكم من اتفق ولم يحضر القتل ، أو أعان عليه ولم يباشره فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون القصاص من المباشر فقط ، وتعزير من لم يباشر ، ومالك يرى قتل من حضر ولم يباشر ومن أعان ولم يباشر ، كأن كان ربيئة أو حارساً للأبواب ، أما من اتفق ولم يحضر فعليه التعزير فى الراجح . ويشترط فيمن حضر أو من أعان أن يكونوا بحيث لو استعان بهم أعانوا ، أو إذا لم يباشره أحد المتمالئين باشره الآخر فشرط القصاص إذن أن يكون المتمالىء غير المباشر فى محل الحادث أو على مقربة منه ، وليس من الضرورى أن يباشر القتل بنفسه[1] .

وقد جاء فى فتاوى ابن تيمية[2] أمثلة على هذه الحالات المختلفة ، ففيها إذا اشترك جماعة فى قتل معصوم « أى محرم القتل » بحيث أنهم جميعاً لو باشروا قتله ، وجب القود ـ أى القصاص ـ عليهم جميعاً ، وإن كان بعضهم قد باشر وبعضهم قائم بحرس المباشر ويعاونه ففيها قولان ؛ أحدهما ـ لا يجب القود إلا على المباشر وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، والثانى ـ يجب على الجميع وهو قول مالك وجاء فى الفتاوى أيضاً : أنه إذا اشترك أولاد رجل مع أجنبى فى قتل والدهم جاز قتلهم جميعاً ، فقتل المباشر باتفاق الأئمة ، وأما الذين أعانوا بمثل إدخال الرجل إلى البيت وحفظ الأبواب ونحو ذلك ، ففى قتلهم قولان : وقتلهم مذهب مالك

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ ، القصاص ص ١٢٧ وما بعدها أحكام المرأة ص ٥٨٤ ومابعدها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ١٨٧ ، ١٨٨ سنة ١٣٢٩ هـ بمصر مطبعة كردستان .

وغيره ، وجاء فى الفتاوى أيضاً : إذا وعد رجل رجلا آخر على قتل معصوم بمال معين فقتله وجب القتل على الموعود . وأما الواعد فيجب أن يعاقب عقوبة تردعه وأمثاله عن مثل هذا ، وعند بعضهم يجب عليه القود .

ثانياً — إمساك القتيل للقاتل :

إذا أمسك رجل آخر فجاء ثالث فقتله فلا مسؤولية على الممسك ، إذا لم يمسكه بقصد القتل أو لم يكن يعلم أن القاتل سيقتله ، أما إذا أمسكه بقصد القتل فقتله الثالث فلا خلاف فى القصاص من الثالث أى مباشر القتل ، ولكنهم اختلفوا فى الممسك على الوجه الذى سنبينه بعد .

فمالك[١] يرى قتل الممسك قصاصاً إذا أمسك القتيل لأجل القتل فقتله الطالب وهو يعلم أن الطالب سيقتله ، لأنه بإمساكه تسبب فى قتله ، ويشترط البعض أن يكون لولا الإمساك ما أدركه الطالب ، ولا يشترط البعض هذا الشرط[٢] فإن أمسكه ليضربه الطالب ضرباً معتاداً أو لم يعلم أنه يقصد قتله لعدم رؤيته آلة القتل معه مثلا ، أو كان قتله لا يتوقف على الإمساك ، فعقاب الممسك هو التعزير وليس القصاص .

ويلحق مالك بالممسك الدال على القتيل إذا ثبت أنه لولا دلالته ما قتل المدلول عليه[٣] .

ويرى أبو حنيفة[٤] والشافعى[٥] تعزير الممسك ولو أمسك المجنى عليه بقصد القتل وهو عالم بأنه سيقتل ، لأنه فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبب ، وقد تغلبت المباشرة على السبب وقطعت أثره ، كما أن السبب غير ملجىء .

وفى مذهب أحمد[٦] — رأيان: أولهما — يرى القصاص من الممسك ، لأنه لو لم

---

(١) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٧ .
(٢) القصاص ص ١٣٢ (٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ .
(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ . (٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ .
(٦) الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٥ وما بعدها

يمسك القتيل ماقدر الطالب على قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما معاً فهما شريكان فيه وعليهما القصاص ، وإذا كان فعل الطالب مباشرة وفعل الممسك تسبباً فإنهما قد تعادلا واشتركا فى إحداث الموت وهذا الرأى يتفق مع مذهب مالك وهو الرأى المرجوح فى مذهب أحمد .

أما الرأى الثانى : فيرى أصحابه حبس الممسك حتى الموت ، لما روى عن ابن عمر عن النبى عليه السلام قال : « إذا مسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل و يحبس الذى أمسك لأنه حبسه إلى الموت » ولأن عليا رضى الله عنه قضى بقتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت .

ويرى البعض أن مدة الحبس متروك تقديرها لولى الأمر ، لأن الحبس نوع من التعزير وليس حداً(١) .

وإذا اعتبرنا الحبس تعزيراً لا حداً فإن الرأى الثانى فى مذهب أحمد يتفق مع مذهب أبى حنيفة والشافعى ويفسر الفقهاء الإمساك بمعناه الأعم ، فلا يقصرونه على الإمساك باليد فيدخل تحته منع القتيل من مبارحة مكانه بأى وسيلة كانت حتى يتمكن منه القاتل أو حبس القتيل فى مكان لا يستطيع الخروج منه ، فإذا اتبع رجل آخر ليقتله فهرب منه فقابله ثالث فقطع رجله ثم أدركه الطالب فقتله ، فإن كان الثالث قطع رجله ليحبسه عن الهرب حتى يلحق به الطالب فحكمه حكم الممسك فيما يتعلق بالقتل لأنه حبسه بفعله على القتل ، ثم هو مسؤول بعد ذلك عن القطع عمداً (٢) .

ثالثاً — الأمر بالقتل : يفرق الفقهاء بين الأمر بالقتل والإكراه على القتل ، ففى الأمر بالقتل لا يكون المأمور مكرهاً على إتيان الجريمة فيأتيها مختاراً وإذا كان قد أمر بإتيانها فإن الأمر ليس له أثر على اختياره وقد يكون الآمر ذا سلطان على المأمور كالأب يأمر ولده الصغير ، والحاكم يأمر من هو

(١) أحكام المرأة ص ٥٨٣ ، مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .
(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٤ .

تحت إمرته ، وقد لا يكون له سلطان عليه ، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون الأمر مجرد تحريض على إتيان الجريمة . ولكل حالة من هذه الحالات حكمها

فإذا كان المأمور غير مميز كصبى أو مجنون ، فيرى مالك والشافعى وأحمد القصاص من الآمر لأنه هو المتسبب فى القتل وإن كان المأمور هو الذى باشره فما هو إلا آلة للآمر يحركها كيف شاء[١] ، ولا يرى أبو حنيفة القصاص من الآمر لأنه تسبب فى القتل ولم يباشره ، والتسبب عند أبى حنيفة لا قصاص فيه .

وإذا كان المأمور بالغا عاقلا ولا سلطان للآمر عليه ، فيرى مالك والشافعى وأحمد القصاص من المأمور ، أما الآمر فعليه التعزير ، ويرى مالك القصاص من الآمر أيضا إذا حضر القتل ، وهذا يتفق مع رأيه فى التمالؤ ، فإذا لم يحضره فعليه التعزير ، وينبغى أن يلحق بحضور القتل الإعانة عليه ، لأن المعين عند مالك يقتص منه[٢] .

وإذا كان المأمور بالغاً عاقلا ، وكان للآمر سلطان عليه ، بحيث يخشى أن يقتله لو لم يطع الأمر فيقتص من الآمر ، والمأمور معا عند مالك ، لأن الأمر فى هذه الحالة يعتبر إكراها ، فإن لم يكن المأمور يخشى القتل إذا لم يطع الأمر فالقصاص على المأمور وحده ويعزر الآمر إذا كان المأمور يعلم أن القتل بغير حق ، فإن كان يعتقد أن القتل بحق ، فالقصاص على الآمر دون المأمور لأنه معذور فى طاعة الأمر ، هذا إذا كان الأمر من حق الآمر كوال أو سلطان فإن لم يكن من حقه ، فالقصاص على المأمور ، لأن الطاعة لا تلتزمه ، ولأن الآمر ليس له الأمر بالقتل . بخلاف السلطان فله الأمر بالقتل وطاعته واجبة فى غير معصية[٣] .

ويتفق رأى أحمد فيما سبق مع رأى مالك تمام الاتفاق[٤] ويتفق رأى الشافعى معهما كذلك إلا أنه فى المذهب رأيان فى المأمور فى حالة اعتبار الأمر

(١) الشرح الكبير للدردير ج٩ ص٣٤٢ المهذب ج٢ ص١٨٩ الشرح الكبير للدردير ج٤ ص٢١٨
(٢) نفس المراجع السابقة .
(٣) الشرح الكبير للدردير والمدونة ج ١٦ ص ٤٣ ، ٤٤ .
(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

إكراها أحدهما يرى أصحابه القصاص من الآمر دون المأمور والثانى وهو الأصح يرى أصحابه القصاص منهما معاً(١)

وعند أبي حنيفة يقتص من الآمر فى حالة الإكراه فقط لأن المأمور كان معه كالآلة يحركها كيف يشاء فكأنه باشر القتل بنفسه فإذا لم يكن الأمر إكراها فلا قصاص على الآمر لأنه لم يباشر القتل بنفسه أما المأمور فيقتص منه إذا لم يكن مكرها وكان الأمر صادرا له ممن لا حق فيه فإن كان صادرا ممن يملكه فلا قصاص ولو كان المأمور يعلم أن الأمر غير محق لأن الأمر يكون شبهة تدرأ القصاص(٢) .

رابعا : الإكراه على القتل : تكلمنا عن الإكراه فى الجزء الأول من هذا الكتاب ولا نرى ما يدعو لتكرار القول ولكننا نلخص آراء الفقهاء فى نوع عقوبة كل من الحامل أى المكره وذلك مانحن فى حاجة إليه فى هذا المقام .

مذهب مالك وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى على أن القصاص واجب على المكره والمكره معاً لأن الحامل أى المكره تسبب فى القتل بمعنى يفضى إليه غالبا ولأن المباشر أى المكره قتل المجنى عليه ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما إذا اضطر للأكل فقتله ليأكله والقول بأنه ملجأ غير صحيح لأنه يستطيع أن يمتنع عن القتل ولكنه لم يفعل إبقاء على نفسه(٣) .

وعند أبى حنيفة ومحمد أن القصاص يجب على الحامل دون المباشر لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وعفو الشيء عفو عن موجبه فظاهر الحديث يدل على أن الفعل المستكره عليه معفو عنه بالنسبة لمن باشره ولأن الحامل هو القاتل معنى وإن كان المباشر هو الذى قتل صورة إذ المباشر كان آلة للحامل يحركه كما يشاء(٤) وهذا الرأى يتفق مع الرأى الضعيف

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، راجع مع ذلك القصاص ص ١٣٣ ، ١٣٤ وأحكام المرأة ص ٥٨٢ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٦ — المغنى ج ٩ ص ٣٣١ المهذب ج ٢ ص ١٨٩
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٠ .

في مذهب الشافعى .

ويرى زفر أن القصاص على المباشر فقط لأنه هو القاتل حقيقة حسا ومشاهدة[١]

ويرى أبو يوسف أن لاقصاص على الحامل ولا على المباشر لأن المكره مسبب للقتل ولاقصاص على متسبب وإذا لم يجب القصاص على الحامل فأولى أن لايجب على المباشر[٢] .

التفرقة بين الفاعل والشريك : ونخلص مما سبق أن الفقهاء يفرقون بين المباشر للجريمة ومن اتفق أو أعان أو حرض عليها فالمباشر هو من ارتكب الجريمة وحده أو مع غيره أو أتى عملا من الأعمال المكونة للجريمة ومن المتفق عليه أن عقوبة المباشر هى القصاص أما من اتفق أو أعان أو حرض أى من اشترك فى الجريمة فحكمهم ليس واحداً فمن اتفق أو حرض فجزاؤه التعزير عند الأئمة عدا مالكا أما من أعان فجزاؤه القصاص عند مالك والتعزير عند باقى الأئمة .

والقانون المصرى يفرق بين عقوبة المشاركين فى القتل وعقوبة الفاعلين الأصليين إذ تنص المادة (٢٣٥) عقوبات على أن المشاركين فى القتل الذى يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالإعدام أو بالاشغال الشاقة المؤبدة أى أن القانون المصرى يخالف بين عقوبة الفاعل والشريك ولايسوى بينهما وهذه هى وجهة نظر الفقهاء فكأن نص القانون فى هذه المسألة تطبيق لنظرية فقهاء الشريعة وإذا كان القانون قد أجاز الحكم بالإعدام فإن عقوبات التعزير من ضمنها عقوبة الإعدام .

١٥٧ — هل يؤثر إعفاء أحد الفاعلين من القصاص على عقوبة الباقين ؟

علمنا مما سبق أن تعدد القاتلين لايمنع من الحكم عليهم بعقوبة القصاص جزاء على جريمة القتل العمد ولكن يحدث أن يكون بين الفاعلين من لايمكن نسبة القتل العمد إليه كمن يحدث بالمجنى عليه إصابة قاتلة خطأ أدت مع إصابات المتعمدين

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٩ .

إلى الوفاة لذلك يحدث أن يكون بين الفاعلين من لا يمكن أن يعاقب بالقصاص طبقاً للقواعد كالصغير والمجنون فهل يؤثر إعفاء الخاطىء والصغير والمجنون من عقوبة القصاص على مركز بقية الفاعلين فلا يقتص منهم أيضاً ؟ ذلك ماسنفصله فيما يأتى :

إن إعفاء أحد الفاعلين أو بعضهم من القصاص يرجع إلى حالتين لاثالث لهما الأولى : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفعل . الثانية : أن يكون الإعفاء راجعاً إلى صفة الفاعل .

الحالة الأولى : امتناع القصاص لصفة فى الفعل : يمتنع القصاص عن الفاعل إذا لم يكن فعله موجباً للقصاص كأن كان فعله قتلا خطأ أو قتلا شبه عمد فإذا كان فعله هكذا قلنا إن القصاص امتنع عنه لصفة فى فعله أو لعدم إيجاب الفعل للقصاص .

وقد انقسم الفقهاء إزاء هذه الحالة قسمين ، الأول: يرى أن امتناع القصاص عن أحد الفاعلين لأن فعله لا يوجبه يستلزم منع القصاص عن بقية الفاعلين ولو كان فعلهم موجباً للقصاص كالعامد مع المخطىء فإن المخطىء لايقتص منه أصلا لأن فعله لا يوجب القصاص والعامد يقتص منه لأن فعله يوجب القصاص ولكنهما إذا اشتركا معاً فى قتل امتنع القصاص عن العامد بامتناعه عن المخطىء لأنه من المحتمل أن يكون فعل المخطىء هو الذى أدى للقتل كما يحتمل أن يكون فعل العامد هو الذى أدى للقتل وقيام هذا الاحتمال شبهة توجب درء الحد عن العامد تطبيقاً لقاعدة: ادرؤوا الحدود بالشبهات وهذا الرأى هو مذهب أبى حنيفة والشافعى والرأى الراجح فى مذهبى مالك وأحمد(١) .

والثانى يرى أن إعفاء أحد الفاعلين من عقوبة القصاص لأن فعله لايوجبها، لا يؤثر شيئا على عقوبة القصاص التى يستحقها باقى الجناة بأفعالهم ومادام أنهم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٥ – نهاية المحتاج ج٧ ص٢٦٢ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ . والشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ – المغنى ص٣٧٩ ومابعدها .

تشاركوا فى القتل عادين متعمدين فعليهم عقوبة القصاص لأن كل إنسان يؤاخذ بفعله ولا أثر لفعل غيره عليه وهذا هو الرأى المرجوح فى مذهبى مالك وأحمد .

وقد اتفق الفريق الأول فى تطبيق القاعدة التى أقرها على العامد مع المخطىء فأجمع على عدم القصاص من شريك المخطىء ولو كان عامداً ولكنهم اختلفوا فيما عدا ذلك وأساس اختلافهم هو تطبيق القاعدة لا غير ،فمنهم من رأى تطبيقها فى كل حالة لا يعاقب فيها أحد الشركاء وهؤلاء هم الحنفية أو بعض فقهاء المذاهب الأخرى ومنهم من رأى تطبيقها فقط إذا كان فعل المعفى غير متعمد فإن كان متعمداً فلا تنطبق القاعدة .

ومن المسائل التى اختلفوا عليها شريك نفسه وشريك السبع فأبو حنيفة يرى أن لاقصاص على الشريك لأنه شارك من لا يجب عليه القصاص فلا يلزمه القصاص كشريك الخاطىء ويرى هذا الرأى أيضا بعض فقهاء المذاهب الثلاثة ـ أما البعض الآخر فيرى القصاص على الشريك لأنه شارك من فعله عمد .

الحالة الثانية امتناع القصاص لصفة فى الفاعل : تختلف هذه الحالة عن الحالة الأولى فى أن القصاص هنا يمتنع عن أحد القاتلين لصفة فيه لا لصفة فى الفعل وهذه الصفة المتوفرة فى الفاعل يترتب عليها شرعا أن لا يعاقب بالقصاص ومثال ذلك اشتراك الأب فى قتل ولده مع أجنبي فإن الأب لا يقتص منه لقتل ولده لصفة الأبوه القائمة فيه ومثاله أيضا أن يقطع شخص يد آخر قصاصا أو دفاعا عن نفسه فيجىء ثالث ويجرح المقطوع جرحا يؤدى مع القطع إلى موته فإن المقتص أو الدافع لاقصاص عليهما لصفة القصاص والدفاع المتوفرة فيهما والتى يترتب عليها شرعا امتناع القصاص منهما .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذه الحالة أيضا فأبو حنيفة يرى أن امتناع القصاص فى حق أحد الشركاء يترتب عليه منع القصاص فى حق الآخرين لاحتمال أن يكون القتل من فعل المعفى من القصاص وهذا الاحتمال شبهة تدرأ الحد عمن

يجب عليهم القصاص ولأحمد رواية مرجوحة فى المذهب تتفق مع هذا الرأى ومن هذا الرأى أيضاً بعض فقهاء مذهب مالك[١] .

ويرى الشافعى وفريق من فقهاء مذهب مالك ومذهب أحمد[٢] أن إعفاء أحد الشركاء من القصاص لايمنع القصاص عن الآخرين لأن القصاص امتنع عن الشريك لمعنى يخصه ولا يتوفر فى باقى الشركاء فلا يتعدى إليهم مادام أنه غير قائم فيهم ولكن أصحاب هذا الرأى اختلفوا فى الصبى والمجنون فبعضهم يرى أن شريك الصبى والمجنون لايقتص منه والقائلون بهذا ينظرون إلى فعل الصبى والمجنون ويقولون إن من المتفق عليه بين أغلب الفقهاء أن عمد الصبى والمجنون خطأ فإذا كان فعلهما يوصف بأنه خطأ ولا قصاص فى الخطأ فشريكهما يأخذ حكم العامد مع المخطىء ولا يقتص منه فهذا الفريق يغلب صفة الفعل على صفة الفاعل - والفريق الثانى يأخذ برأى الشافعى وهو أن عمد الصبى والمجنون عمد ويرى أن الإعفاء من القصاص أساسه صفة الفاعل وإذن فلا يستفيد من الشريك ، والفريق الثالث يرى أن العبرة بفعل الشريك فما دام أنه تعمد الفعل فقد وجبت عليه عقوبة العامد دون النظر إلى فعل شريكه أو صفته[٣] .

١٥٨ — رابعا القتل بالتسبب : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن القتل بالتسبب لا يوجد الحكم بالقصاص لأن القصاص قتل بطريق المباشرة فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أن أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل[٤] ويوجب الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لايرون فرقا بين القتل بالتسبب والقتل المباشر فكلاهما قتل يعاقب عليه بالقصاص ورأيهم يتفق مع القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ٣٠١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٨، ٢١٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها - المغنى ج ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

١٥٩ — خامسا : أن يكون الولى مجهولا : - إذا كان ولى القتيل مجهولا لا يجب الحكم بالقصاص فى رأى أبى حنيفة لأن وجوب القصاص وجوب للاستيفاء والاستيفاء من المجهول متعذر فتعذر الإيجاب له[1] ويخالف فى ذلك باقى الأئمة .

١٦٠ — سادسا : أن لا يكون القتل فى دار الحرب : - يرى أبو حنيفة أن لا قصاص من القاتل إذا كان القتل فى دار الحرب وهو يفرق بين حالتين ، حالة ما إذا كان القتيل من أهل دار الحرب ثم أسلم ولم يهاجر إلى دار الإسلام وحالة ما إذا كان القتيل من دار الإسلام ولكنه دخل دار الحرب بإذن كالتاجر أو مضطراً كالأسير فنى الحالة الأولى لا عقاب على القاتل وفى الحالة الثانية عليه الدية فى حالة التاجر ولا تجب عليه فى حالة الأسير ويخالفه فى هذا محمد وأبو يوسف وأساس التفرقة بين الحالين أن العصمة فى الحالة الأولى محل شبهة لأن القتيل وإن كان مسلما فهو من أهل دار الحرب لقوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدوٍّ لكم وهو مؤمن ﴾ فكونه من أهل دار الحرب أورث شبهة فى عصمته ولأنه إذا لم يهاجر إلينا مكثر سواد الكفار ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله وهو وإن لم يكن منهم دينا فهو منهم داراً والخلاصة أن إسلامه لا يعصمه لأن العصمة عند أبى حنيفة لا تكون بالإسلام فقط وإنما بالإسلام وبمنعة الدار، أما الحالة الثانيه فليس فيها قصاص لأن الجريمة وقعت فى مكان لا ولاية للمسلمين عليه والحدود يشترط للحكم بها عند أبى حنيفة القدرة على الاستيفاء وقت وقوع الجريمة[2] .

أما مالك والشافعى وأحمد فيرون القصاص من القاتل سواء كان القتيل فى دار الإسلام أو فى دار الحرب وسواء هاجر المقتول من دار الحرب أو لم يهاجر مادام القاتل قد قتل وهو يعلم بإسلام القتيل لأنه قتل معصوماً بالإسلام ظلماً[3]

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٠ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ ، ٢٣٧ .
(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

١٦١ — مدى لزوم القصاص : وعقوبة القصاص لازمة إلا إذا رأى ولى القتيل العفو فإن عفا فلا قصاص ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى القتيل أن يقتص من القاتل أو يعفو عنه إما على الدية أو مجانا ولكنهم اختلفوا فى حالة ما إذا عفا الولى عن القصاص على أن يأخذ الدية فرأى مالك وأبو حنيفة أن عفو الولى لا يلزم الجانى بالدية إلا إذا قبل أن يدفعها فى مقابل العفو عنه ورأى الشافعى وأحمد أن عفو الولى عن القصاص إلى الدية ملزم للجانى ولو كان العفو بغير رضاه وأساس الاختلاف أن مالكا وأبا حنيفة يريان أن القصاص واجب عينا بينما الشافعى وأحمد يريان أن القصاص ليس واجباً عيناً وأن الواجب هو أحد الشيئين غير عين، إما القصاص وإما الدية، وللولى خيار التعيين إن شاء استوفى القصاص، وإن شاء أخذ الدية من غير توقف على رضاء القاتل وعلى اعتبار التعزير بدلا من الدية.

ويترتب على اعتبار الدية والتعزير بدلا من القصاص نتيجتان : أولاهما : أنه لا يجوز للقاضى أن يجمع بين عقوبة وبدلها جزاء عن فعل واحد سواء كانت العقوبة المبدل بها عقوبة أصلية أو بدلا من عقوبة أصلية لأن الجمع بين البدل والمبدل يتنافى مع طبيعة الاستبدال ولكن يجوز الجمع بين عقوبتين بدليتين كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين فمن ارتكب جريمة قتل لا يجوز الحكم عليه بالقصاص والدية أو القصاص والتعزير لأن الدية والتعزير كلاهما بدل من القصاص فلا يحكم بهما إلا إذا امتنع الحكم به فإذا امتنع الحكم بالقصاص جاز الحكم بالدية والتعزير مجتمعين أو منفردين لأن كلاهما بدل من القصاص كما يجوز الجمع بين القصاص وبين الكفارة وكلاهما عقوبة أصلية .

ويجوز الجمع بين العقوبة البدلية والعقوبة الأصلية مع بقاء القاعدة سليمة وذلك إذا تعددت الأفعال ولم تكن العقوبة البدلية المحكوم بها بدلا عن عقوبة أصلية محكوم بها كمن قتل ثلاثة أشخاص فحكم عليه بالقصاص لقتل أحدهم وبالدية لقتل الثانى لوجود مانع عن الحكم بالقصاص كأن كان القتيل ولد القاتل وبالتعزير لقتل الثالث لامتناع الحكم بالقصاص والدية كأن عفا ولى القتيل عن القاتل عفواً

مطلقاً ففى هذه الحالة اجتمع القصاص مع الدية والتعزير والأول عقوبة أصلية وكل من الثانى والثالث عقوبة بدلية وقد جاز الجمع لأن العقوبات المحكوم بها ليس فيها عقوبة بدلا من أخرى وإنما العقوبة البدلية تمثل عقوبة لم يحكم بها .

١٦٢ - تعدد القتلى : وتظهر أهميـة التفرقة بين هـذين الرأيين المختلفين فى حالة تعدد الجرحى إذا كان القاتل واحداً . فمالك وأبو حنيفة يريان أن الواحد إذا قتل جماعة قتل بهم قصاصاً ولا يجب مع القتل شىء من المال ، سواء كان الجانى قتلهم مرة واحدة أو قتلهم على التعاقب ، وسواء كان الأولياء قد طلبوا كلهم قتله أو طلب بعضهم قتله وطلب بعضهم الدية ، وإن بادر أحد الأولياء فقتل الجانى قبل إبداء الآخرين رأيهم فقد سقط حق الباقين فى القصاص ولا دية لهم ، وهذا تطبيق دقيق للقول بأن القصاص يجب عيناً ، لأن حق الجميع تعلق بالقصاص ، فإذا قتل الجانى فقد استوفوا حقهم كاملا ، وليس لأحدهم أن يطالب بالدية ، لأن تنازله عن القصاص لا قيمة له ، مادام أحد الاولياء يريد القصاص ، وإنما تجب الدية بدلا من القصاص إذا امتنع القصاص . وهنا لا يمكن امتناعه مادام أحد الأولياء يطلبه ، لأن محل القصاص واحد بالنسبة للجميع[١] .

ويرى الشافعى[٢] أن حقوق الأولياء لا تتداخل ، فإن قتل الجانى واحداً بعد واحد اقتص منه للأول لأن له مزية بالسبق ، وإن سقط حق الأول بالعفو اقتص للثانى ، وإن سقط حق الثانى اقتص للثالث وهكذا ، وإذا اقتص من الجانى لواحد بعينه ، تعين حق الباقين فى الدية ، لأن القصاص فاتهم بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية كالوماة القاتل ، وإن قتلهم دفعة واحـدة أو أشكل الحال ، أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة ، اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة ، وإن عفا عمن خرجت له القرعة أعيدت القرعة للباقين لتساويهم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ ، ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٨

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ .

وإن ثبت القصاص لواحدمنهم بالسبق أوالقرعة فبادر غيره واقتص صارمستوفياً لحقه ، وإن أساء فى التقدم على من هو أحق منه .

واختلف فقهاء مذهب الشافعى فى المحارب الذى قتل جماعة فى المحاربة ، فرأى البعض أن الحكم هو ماسبق . كما لو قتلهم فى غير المحاربة ، ورأى البعض أنه يقتل بالجميع ، لأن القتيل فى المحاربة حق الله تعالى ولا يسقط بالعفو فتتداخل العقوبات ، بعكس ماإذا كانت حقاً لآدميين فإنها لاتتداخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب الشافعى ولا يختلف معه إلا فى أنه يجيز للأولياء ، أن يتفقوا على قتل القاتل ، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على قتله قتل وليس لهم غير ذلك ، وإن أراد البعض القود والبعض الدية ، قتل لمن أراد القود ، وأعطى الباقون الدية ، وحجته فى ذلك ، أن محل القصاص وهو القاتل تعلقت به حقوق لايتسع لهامعاً ، فإذا اكتفى المستحقون بمحل القصاص فيكتفى به ، فأساس فكرته أنه مادام المستحقون قدا كتفوا بالقصاص ، فقد تنازلوا عما عداه[1] .

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر فسرى القطع إلى النفس ــ أى نفس المقطوع اليد ــ فمات فهو قاتل لهما ، ويقتص منه أولا عن قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، إذ القطع لم يصح قتلاً إلا بالسراية وهى متأخرة عن قتل الآخر ، لكن لما كان استيفاء القطع ممكناً وكان فى القتل تفويت للقصاص من القطع ، فيستوفى القطع قبل القتل ، ولولى المقطوع نصف الدية عند الشافعى وأحمد ، ولا شىء له عند مالك وأبى حنيفة ، وإذا لم يسر القطع ــ أى قطع اليد ــ إلى النفس فيقتص للقطع أولاً ، سواء تقدم القطع القتل أو تأخر عنه ، وهذا متفق عليه من أحمد وأبى حنيفة والشافعى ، ويرى مالك أن يقتل فى كل الأحوال ولا يقطع ، لأنه بالقتل يتلف الطرف فيسقط القصاص بتلف محله[2] وكذلك الحكم لو تأخر القطع عن القتل .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٠٥ ــ ص ٤٠٨ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٠٨ ، شرح الدردير ص ٢٣٦ مهذب ج ٢ ص ١٩٥ بدائع الصنائع ص ٣٠٣ .

وأساس الاختلاف فى هذا كله هو اختلافهم فى العقوبة الواجبة بالقتل العمد فأبو حنيفة ومالك يريان كما قلنا من قبل أن الواجب هو القصاص عينا وأن عفو ولى القتيل لا يلزم الجانى بالدية إلا إذا رضى الجانى بذلك ، والشافعى وأحمد يريان أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية ، ولولى القتيل أن يختار أى العقوبتين شاء دون حاجة لموافقة الجانى .

استيفاء القصاص فى القتل

١٦٣ ـ **مستحق القصاص** : عند مالك العاصب الذكر ، فلا دخل فيه لزوج ولا لأخ لأم ، ولا لجد لأم ، ويقدم الإبن فابن الإبن ، ثم يليهم الأقرب فالأقرب من العصبة والجد والأخوة ، سواء فى ولاية القصاص ، و يعتبر كلاهما فى مرتبة الآخر . وأبناء الاخوة أقل مرتبة من الجد ، لأنه بمنزلة أبيهم ، والمراد بالجد ، الجد القريب فهو الذى يتساوى مع الأخوة فى الدرجة ، أما الجد العالى فلا شأن له مع الأخوة كما أن بنى الأخوة لا شأن لهم مع الجد القريب[١] ويستحق القصاص عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد الورثة الذين يرثون مال القتيل رجالا ونساء ولا يشترط لاستحقاقهم القصاص ، أن يرثوا شيئاً فعلا ، فمن قتل وعليه دين محيط بتركته أو لم يترك شيئاً ، فالقصاص لوارثيه الذين كان يحتمل أن يرثوه لو ترك شيئاً[٢]

وعند مالك ترث المرأة القصاص إذا توفرت فيها شروط ثلاثة : أولا ـ أن تكون وارثة كبنت أو أخت . ثانياً ـ أن لا يساويها عاصب فى الدرجة بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد أنزل منها درجة كالعم مع البنت أو الأخت ، وعلى هـذا تخرج البنت مع الإبن ، والأخت مع الأخ ، فلا كلام لواحدة

(١) الشرح الكبير للدردير ص ٢٢٧ .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٤٢ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٦ ، الإقناع جـ ٤ ص ١٨٢ وفى مذهب الشافعى رأيان آخران : أحدهما أن القصاص للعصبة ، والثانى لمن ورث بالنسب لا بالسبب ـ راجع نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٤ .

منهما معه فى عفو ولاقود ، بخلاف الأخت الشقيقة مع الأخ الأب ، فلها الكلام معه ، لأنه وأن ساواها فى الدرجة أنزل منها فى القوة ، ثالثا : إن تكون بحيث لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصيب ، وعلى هذا تخرج الأخت للأم والزوجة والجدة للأم(١) .

١٦٤ - هل يملك الوارث حق القصاص على سبيل الشركة أم على سبيل الكمال ؟

إذا كان الوارث واحد فهو يملك القصاص على سبيل الكمال إذ لاشريك له فيه أما إذا تعدد الورثة فهناك نظريتان : -

النظرية الأولى : و يقول بها مالك وأبو حنيفة . وهى قول لأحمد ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الكمال لا على سبيل الشركة وحجتهم أن المقصود من القصاص فى القتل هو التشفى . وأن الميت لايتشفى ولكن الورثة هم الذين يتشفون ، فهو حقهم ابتداء ، أى أن القتيل لايثبت له حق القصاص ، وأن القتيل لايثبت له هذا الحق مادام حيا ولكنه يثبت بوفاته ، فإذا ثبت لم يكن القتيل أهلا لتملك الحقوق ، فيثبت الحق للورثة ابتداء ، و يثبت لكل وارث على سبيل الكمال ، كأن ليس معه غيره ، لأنه حق لايتجزأ ، والشركة فيما لايتجزأ محال ، إذ الشركة المعقولة هى أن يكون البعض لهذا والبعض لذاك . كشريك الأرض والدار ، ولكن ذلك محال فيما لايتبعض ، والأصل أن ما لا يتجزأ ، من الحقوق إذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته فى حق كل واحد منهم يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال . كأن ليس معه غيره كولاية النكاح(٢) .

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٧ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٢ ، المغنى ج ٩ ص ٤٥٩ .

النظرية الثانية : ويقول بها الشافعى وأحمد وأبو سيف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وتقوم على أن القصاص حق كل وارث على سبيل الشركة وحجتهم أن القصاص يجب بالجناية ، وأنها وقعت على المقتول . فكان مايجب بها حقاً له إلا أنه بالموت عجز عن استيفاء حقه بنفسه ، فيقوم الورثة مقامه بطريق الإرث عنه ويكون القصاص مشتركا بينهم(١) .

وأهمية الخلاف تظهر إذا ورث القصاص كبير أو صغير . فطبقا للنظرية الأولى ، يكون للكبير حق الاستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصغير ، لأن القصاص حق كل وارث على سبيل الاستقلال فلا معنى لتوقف الاستيفاء على بلوغ الصغير ، وطبقاً للنظرية الثانية ليس للكبير أن ينفرد بالقصاص وعليه أن ينتظر بلوغ الصغير لأن حق القصاص مشترك بينهما وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف في حق مشترك دون رضاء شريكه .

١٦٥ - وإذا لم يكن للقتيل ولى فمن المتفق عليه أن السلطان يتولى القصاص ، لأن السلطان ولى من لا ولى له . ولكن أبا يوسف يرى أن السلطان ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام ، وله أن يأخذ الدية ، وحجته فى ذلك : أن المقتول من أهل دار الإسلام لايخلو عن ولى عادة ، إلا أنه لايعرف ، ولا ولاية للسلطان إلا إذا انعدم الولى الوارث بخلاف الحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم ، لأن الظاهر أن لا ولى له فى دار الإسلام(٢) .

١٦٦ - **من يلى الاستيفاء** : يختلف الحكم فى هذه المسألة بحسب ما إذا كان مستحق القصاص واحداً أو أكثر .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٩٦ والمغنى جـ ٩ ص ٤٠٨ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢٢٨ ، جـ ٩ ص ٣٩٤ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

١٦٧ ـ فإذا استحق القصاص واحد وكان كبيراً فله أن يستوفيه إن شاء لقوله تعالى: ﴿ ومن قُتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرفْ فى القتل ﴾ ولوجود سبب الولاية فى حقه على الكمال، وهو وراثة القصاص دون مزاحم.

أما إذا كان مستحق القصاص صغيراً أو مجنوناً فيرى الشافعى[١] وأحمد[٢] انتظار بلوغ الصبي وإفاقة المجنون إلا أنه إذا كانت إفاقة المجنون ميؤوساً منها قام وليه مقامه[٣] لأن القود للتشفى، ولا يحصل باستيفائه بمعرفة ولى الصبى أو المجنون ولا بمعرفة الحاكم. وفى مذهب أبى حنيفة[٤] رأيان: أحدهما: يرى أصحابه مايراه الشافعى وأحمد. وثانيهما: يرى أصحابه أن يقوم القاضى أو الحاكم باستيفاء دون حاجة لانتظار بلوغ الصبى أو إفاقة المجنون، ويرى مالك[٥] أن لولى الصغير والمجنون ووصيهما الاستيفاء نيابة عنهما فلا حاجة لانتظار البلوغ أو الإفاقة.

ويرى أبو حنيفة أن الأب والجد يستوفيان القصاص الواجب للصغير دون الوصى، لأن ولايتهما ولاية نظر ومصلحة.

أما أبو يوسف فيرى الانتظار ومالك يرى الاستيفاء للوصى والوالى.

سلطة ولى الصغير والمجنون: ومن يعطى الولى حق الاستيفاء عن الصغير والمجنون يعطيه حق الصلح أو العفو عن القصاص على مال بشرط أن لايقل عن الدية، وأن يكون أصلح من القصاص للصغير، أو على الأقل تتساوى مصلحة القصاص بمصلحة العفو، فإن صالح أو عفا على أقل من الدية كان للصغير بعد بلوغه الرجوع على القاتل بما نقص من الدية ـ مالم يكن القاتل معسراً وقت الصلح ـ كما يرى مالك. وليس للولى أن يتنازل عن القصاص مجانا، فإن فعل فتنازله باطل[٦].

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٨٥.

(٢) الإقناع جـ ٤ ص ١٨١. (٣) كما ورد ذلك فى الجزء السابع من نهاية المحتاج للشبراملسي. (٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٣ (٥) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٢.

(٦) الشرح الكبير للدردير ص ٢٣٠ ـ مواهب الجليل ص ٢٥٢ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٩، ٣٠٠.

ومن لا يعطى الولى حق الاستيفاء يعطى ولى المجنون حق العفو عن القصاص إلى الدية بشرط أن يكون المجنون محتاجاً إلى النفقة فإن لم يكن محتاجاً فالعفو باطل كما لو عفا على غير مال ، أما الصبى فقد اختلفوا فى شأنه فأجاز بعضهم أن يكون للولى حق العفو عن القصاص إلى الدية إذا كان محتاجاً إلى النفقة ولم يجز البعض الآخر ذلك للولى وأساس التفرقة بين الصبى والمجنون أن بلوغ الصبى ينتظر بعد وقت معين ولـكن إفاقة المجنون ليس لها وقت ينتظر[1] . وأبو حنيفة لا يعطى ولى الصغير والمعتوه حق العفو لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وهب للصغير وولايتهما مفيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لأنه إسقاط حق أصلاً ورأياً فلا يملـكانه وإنما لهما حق الصلح على مال وأبو حنيفة متأثر فى هذا بنظريته التى تقضى بأن حق الولى فى القصاص عيناً وأن العفو للدية يقتضى رضاء الجانى ويظهر أن أبا حنيفة يرى أن العفو لا يكون عفواً مادام متوقفاً على رضاء الجانى وإنما يكون صلحاً ولذلك فهو لا يتـكلم إلا عن العفو المطلق المقيد دون قيد أما عند مالك فيعتبرون التنازل عن القصاص إلى الدية عفواً ولو أن الأمر معلق على رضاء الجانى ويعبر عنه هكذا ، ويعبر عنه أكثر الشراح بالصلح ومن عبر عنه بالعفو عبر عنه أكثر من مرة بأنه صلح مما يدعو إلى الاعتقاد بأن لفظ العفو تجاوز فى التعبير وقد جاء هذا التعبير فى الشرح لا من المتن مما يؤكد فـكرة التجوز فى التعبير أو الخطأ[2] .

هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ ـ الأصل فى تأخير القصاص حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ، أن القصاص حق وأن استعماله يقتضى فى المستعمل الأهلية والصبى والمجنون كلاهما غير أهل لاستيفاء الحقوق ، لـكن إذا فرض أن الصبى أو المجنون وثب على القاتل فقتله فهل يعتبر كلاهما مستوفيا لحقه

(١) الشرح الـكبير ج ٩ ص ٣٨٠ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .
(٢) مواهب ج ٦ ص ٢٥٢ .

أم لا[١] ؟ فصار كما لو أتلف وديعة له فلا مسؤولية على المودع لديه ، **يرى** البعض أنه بقتل القاتل صار مستوفياً لحقه لأنه عين حقه وأتلفه بعمله ويرى البعض أنه ليس من أهل الاستيفاء فلا يعتبر مستوفياً لحقه وتجب له الدية فى مال الجانى الذى قتله ولأولياء الجانى الرجوع على عاقلة الصبى والمجنون بدية قتيلهم أى أن أصحاب هذا الرأى يعتبرون فعل الصبى والمجنون جريمة قتل عمد يدرأ فيهـا القصاص للصغير والمجنون[٢] ولا شك أن الرأى الأول أقرب للعدالة والمنطق من الرأى الثانى .

١٦٨ – **تعدد مستحقى الاستيفاء** : إذا تعدد مستحقو الاستيفاء فإما أن يكون جميعهم كباراً وإما أن يكون فيهم صغير أو مجنون وإما أن يكونوا جميعاً حاضرين وإما أن يكون بعضهم غائباً .

١٦٩ – فإذا تعدد مستحقو الاستيفاء وكانوا جميعاً كباراً حاضرين ، فالأصل أن لكل منهم ولاية استيفاء القصاص حتى إذا قتله أحدهم صار القصاص مستوفى للجميع ، ، لأن القصاص إن كان حق الميت كما يرى أبو يوسف ومحمد ، فكل واحد من الورثة خصم فى استيفاء حق الميت كما هو الحال فى المال ، وإن كان القصاص حق الورثة ابتداء كما يرى مالك وأبو حنيفة فكل من الورثة يملك حق القصاص على الكمال ، هذا هو الأصل ، إلا أن الفقهاء يشترطون اتفاق مستحقى القصاص عليه قبل الاستيفاء . وحضورهم لاحتمال أن يعفو بعضهم ، ولأن العفو يسقط حق الآخرين فى القصاص .

فإذا بادر أحد المستحقين بقتل الجانى قبل اتفاقهم على القصاص ، فمذهب مالك وأبى حنيفة ، أن القصاص صار مستوفى للجميع ، لأن الأصل أن لكل من المستحقين ولاية استيفاء القصاص ، وليس لباقى الورثة شىء من المال ، لأن حقهم فى القصاص قد استوفاه أحدهم وهذا تطبيق نظرية مالك وأبى حنيفة فى أن

---

(١) فى هذه النقطة فراغ يبدو أنه كلام لم يتم ولم يكتب – ن .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ – المهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

القصاص يجب عيناً[1] إلا أن المقتص يعزر لافتياته على الإمام .

أما الشافعى وأحمد فيريان أن المبادر بالقصاص ممنوع من قتل الجانى لأن بعض الجانى غير مستحق له، فإذا استوفى دون اتفاق فهو مستوف لحق غيره دون إذنه والراجح أنه لا يجب القصاص عليه بفعله[2] لأنه يستحق القصاص على وجه الشركة ،ولأن الجانى مستحق عليه القصاص . كما لا يجب الحد على أحد الشريكين فى وطء الجارية المشتركة ، لكنه يلزم على رأى بحق شركائه فى الدية ، لأنه هو الذى أتلف محل حقهم ، ويلزم على الرأى الأخير لورثة الجانى بدية مورثهم إلا قدْرَ حقه منها ، على أن يكون لباقى مستحقى القصاص الرجوع بحقهم فى الدية على تركة الجانى ، ورأى الشافعى وأحمد تطبيق لنظريتهما فى أن القصاص يثبت المورث ابتداء ، ثم ينتقل منه للورثة كما هو تطبيق لنظريتهما فى أن الواجب بالقتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية[3] .

١٧٠ ـ وإذا تعدد مستحقو القصاص ، وكانوا كباراً وصغاراً أو فيهم مجنون ، أو بعضهم غائب ، فيرى مالك وأبو حنيفة أن لا ينتظر البلوغ ولا إفاقة المجنون ، وللعقلاء الكبار استيفاء القصاص لأن القصاص ثابت للورثة ابتداء فهو حق كل منهم على سبيل الكمال والاستقلال ، لاستقلال سبب ثبوته فى حق كل مستحق ، ولعدم قابليته للتجزئة ، ويؤيدون رأيهم بأن عليا رضى الله عنه أوصى الحسن بعد أن ضربه ابن ملجم فقال له : إن شئت فاقتله ، وإن شئت فاعف عنه ، وإن تعفو خير لك ، فقتله الحسن وكان فى ورثة على صغار ، والاستدلال من وجهين: أحدهما: بقول على، لأنه خير الحسن فى القتل أو العفو

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٣ ، الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٢ البحر الرائق ص ٣٠٠ ـ ٣٠١

(٢) فى مذهب الشافعى رأى مرجوح ملخصه ، أن على المستحق القصاص إذا قتل الجانى قبل اتفاقه مع باقى المستحقين لأنه اقتص فى أكثر من حقه ، ولأن القصاص يجب بقتل بعض النفس إذا عرى عن الشبهة ؛ فإذا اشترك شخصان فى قتل اقتص منهما وأن كلا منهما قاتل لبعض النفس .

(٣) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٨٧ ، والمهذب جـ ٢ ص ١٩٧ .

مطلقاً فلم يقيده ببلوغ الصغار ، والثانى : لأن الحسن قتل ولم ينتظر وكل ذلك كان فى حضور الصحابة ولم ينكره أحد فيكون إجماعا .

ولكنهما يريان مع ذلك انتظار عودة الغائب لاحتمال عفوه ، ولأنه قد يعفو دون أن يشعر الحاضر بعفوه ، فإذا أجيز للحاضر أن يستوفى ، استوفى حقا قد سقط بعفو الغائب .

و يفرقون فى مذهب أبى حنيفة بين احتمال العفو من الصغير والمجنون ، وبين احتمال العفو من الغائب فإن احتمال العفو من الغائب الكبير ثابت ، أما احتمال عفو الصغير أو المجنون فميئوس منه حال استيفاء القصاص ، لأنه ليس من أهل العفو .

ويفرقون فى مذهب مالك بين الغيبة القريبة ، والغيبة البعيدة الميئوس منها أى من عودة صاحبها ويرون الانتظار فى الغيبة القريبة دون البعيدة ، وهذا هو الرأى الراجح ، وهناك رأى لا يفرق بين الغيبة القريبة والغيبة البعيدة (١) .

أما الشافعى وأحمد ومعهما محمد وأبو يوسف فيريان أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا باذن الباقين ، فإن كان فيهم صغير ينتظر بلوغه ، أو مجنون تنتظر إفاقته أو غائب ينتظر قدومه (٢) لأن القصاص حق مشترك بينهم ، فمن استوفى قبل اتفاق كل الشركاء فقد استوفى غير حقه وأبطل حق غيره ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس . فإذا لم يجز انفراد أحد المستحقين بأحد البدلين وهو الدية لم يجز له أن ينفرد بالبدل الآخر وهو القصاص ، و يستدلون على أن للصغير والمجنون حقهما فى القصاص بأربعة أمور :

أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحق القصاص ، ولونافاه الصغير مع غيره لنافاه منفردا .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ والبحر الرائق ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) هناك رواية عن أحمد: بأن للكبار العقلاء الاستيفاء دون انتظار الصغير والمجنون ولكن هذه الرواية ليست المذهب .

الثانى : أنه لو بلغ لاستحق بلا خلاف ، ولو لم يكن مستحقاً عند موت المورث لم يكن مستحقاً عند البلوغ .

الثالث : لو سقط القصاص وآل الأمر الدية لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً لاقصاص لما استحق بدل القصاص وهو الدية .

الرابع : لو مات الصغير لاستحق ورثته ، ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالا يستحقه[١] .

١٧١ - هل يطلق سراح الجانى حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير ويفيق المجنون ؟

ومن المتفق عليه أن تأخر الاستيفاء لا يؤدى إلى إطلاق سراح الجانى، بل يحبس مهما تأخر الاستيفاء فيحبس حتى يحضر الغائب أو يبلغ الصغير أو يفيق المجنون ، وقد حبس معاوية بن أبى سفيان هدبة بن خشرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصر الصحابة فلم ينكر عليه ذلك ، ويعللون بقاءه محبوساً بأن فى تخليته تضييعاً للحق ، لأنه لا يؤمن هربه ، ولأنه مستحق القتل وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه ، ولا يقبل من القتيل أن يقدم كفيلا ليخلى سبيله له ، لأن الكفالة لا تصح فى العقوبات لأن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول ولا يمكن استيفاء القتل من غير القاتل[٢] .

١٧٢ ـ ومهما تعدد مستحقو القصاص فلن يستوفيه إلا أحدهم فقط يوكلونه عنهم و يشترط أن يكون خبيراً قادراً على القصاص . فإن لم يكن فيهم من يحسن القصاص أولم يتفقوا على واحد منهم ، أناب الحاكم من يحسنه. وليس ثمة مايمنع أن يكون موظفاً يتناول أجرة من خزانة الحكومة ، ويرى الشافعى

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٥ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٠ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

الافتراع بين مستحقى القصاص إذا كانوا جميعاً يحسنونه ولم يتفقوا ، فمن اختارته القرعة قام بالاستيفاء[1] ويرى بعض الفقهاء فى مذهب مالك أن الحاكم مخير بين أن يستوفى بنفسه القصاص أو أن يسلمه لولى المقتول ليقتص منه ، والأصل فى الشريعة ، أن لا يمكن إنسان من استيفاء حقه بنفسه ، لأن استيفاء الحقوق متروك للحكام ، ولكن جاز أن يستوفى الفرد حقه فى القتل بدليل خاص هو تسليم الرسول القاتل المستحق[2] ، ولما كان من شروط الاستيفاء عدم الحيف وأن لا يعذب المقتص القاتل ، وأن يحسن قتلته[3] فإن القصاص يجب أن يتم تحت إشراف السلطة التنفيذية ، وليس ثمة ما يمنع من أن تتولاه السلطة التنفيذية اليوم لضمان التنفيذ على وجه المطلوب

١٧٣ - الأمن من التعدى إلى غير القاتل : يشترط فى الاستيفاء أن لا يتعدى إلى غير القاتل ، فإذا وجب القصاص على حامل قبل وجوبه أو حامل بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع ولدها ، وليس فى هذا اختلاف لقوله تعالى : ﴿فلا يسرفْ فى القتل﴾ وقتل الحامل إسراف ، وروى عن رسول الله أنه قال : « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافى بطنها إن كانت حاملا وحتى تكفل ولدها ، وإن زنت لم ترجم حتى تضع مافى بطنها وحتى تكفل ولدها » ولقد قال الرسول للغامدية التى زنت: «ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك، فلما وضعته قال لها ، أرجعى حتى ترضعيه» وهذه القاعدة مسلم بها فى القصاص أطلاقاً سواء كان فى النفس أو الطرف ، أما فى النفس فلما سبق وأما فى الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى غير الجانى وتفويت نفس معصومة أوْلى وأحرى ، ولأن فى القصاص من الحامل قتلاً لغير الجانى وهو محرم إذ لا تزر وازرة وزر أخرى .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٥ .

(٢) الشرح الكبير الدردير ص ٢٣٠ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ ومابعدها ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

وإذا وضعت الحامل لم تقتل حتى تسقى ولدها اللبأ ، لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه ، وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء من الأم ، لأن الولد يستغنى عنها بلبن المرضعة ، وكذلك إذا أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها أو وجد له مرضعة غير راتبة أو نساء يتناوبن رضاعه ، ولكن يستحب فى هذه الحالات أن يؤخر الولى القصاص لما على الولد من ضرر فى اختلاف اللبن وشرب لبن البهيمة .

وإذا ادعت المرأة الحمل فلا يستوفى منها إلا بعد التحقق من خلوها من الحمل وتعرض على أهل الخبرة ، فإن تبين حملها أو أشكل الأمر أخرت حتى تضع أو حتى يتبين أمرها ، وإن ثبت أنها غير حامل لم تؤخر وإذا تبين الحمل أو أشكل الأمر فتحبس حتى تضع ، ويستوى أن تكون حاملا من زوج أو زنا[1] وتأخير التنفيذ على الحامل هو المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية اليوم فالقانون المصرى ينص فى المادة ٢٦٣ على أنه « إذا أخبرت المحكوم عليها بالإعدام أنها حبلى يوقف تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق قولها لا ينفذ إلا بعد الوضع » .

١٧٤ - كيفية الاستيفاء :

لا يستوفى القصاص إلا بالسيف عند أبى حنيفة ، ورواية عن أحمد ، سواء كان الجانى قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جراح أو نتيجة الخنق ، أو التغريق أو التحريق ، أو غير ذلك وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص ، والقصاص هو الاستيفاء فمعنى الحديث نفى القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية ، فالقود بالسيف لأنه تبين أن فعل الجانى وقع قتلا من وقت وجوده ، فلا يقتص منه إلا بالقتل لأنه

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ وما بعدها . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٨ - ٢٨٩ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٩

لو قطع عضوا من الجانى لتحقق التماثل ، ثم عاد فحز رقبته إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ولا يعتبر حز الرقبة متمما للقطع ، لأن المتمم للشيء يكون من توابعه . والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص فى النفس يقصد منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ، لأن إتلافها يعتبر تعذيبا لا استيفاء .

وعلى هذا فمن قطع يد إنسان فمات أو أجافه جائفة ، أو أوضحه موضحة فمات فليس له أن يقطعه أو يجيفه أو يوضحه ثم يقتله طبقا لرأى أبى حنيفة وأحد رأيَىْ أحمد وله فقط أن يقتله بالسيف

وإذا أراد الولى أن يقتص بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزر لافتياته على السلطات العامة ، إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه فى القصاص بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو أرداه فى بئر أو ساق عليه دابة حتى مات ، ونحو ذلك ، لأن القتل حقه ، فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفى بغير السيف لاستيفائه بطريق غير مشروع فيعزر على هذا الافتيات[1] .

وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد[2] أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ولأن السيف أوحى الآلات أى أسرعها فإذا قتل به واقتص بغيره أخذ فوق حقه لأن حقه فى القتل وقد قتل وعذب .

فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضرب به بخشب أو حبسه أو منعه الطعام والشراب فمات فللولى أن يقتص بمثل ذلك لقوله تعالى: ﴿ وإن عاقبتم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ والشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج٦ ص ٢٥٦ ، مهذب ج٢ ص ١٩٩ ، الشرح الكبير ج٩ ص ٤٠٠ وما بعدها .

فعاقبوا بمثل ما عوقبتم ﴾ ولما رواه البراء عن الرسول عليه السلام قال: « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » ولأن القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن قتله بما هو محرم كاللواط وسقى الخمر فيرى البعض أن يفعل به مثل فعله صورة بما هو غير محرم فيفعل به فى اللواط مثل مافعل بخشبة لتعذر مثل فعله حقيقة ولسقى الماء بدلا من الخمر حتى يموت ويرى البعض أن يكون القصاص بالسيف كلما كان القتل بما هو محرم لنفسه وإن ضرب رجلا بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف لأنه قتل مستحق وليس هاهنا ماهو أوحى من السيف فيقتل به .

وإن قتله بمثقل أو رماه من شاهق أو منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ما فعل فلم يمت فيرى البعض أن يكرر عليه ذلك حتى يموت ويرى البعض الآخر أنه يقتل بالسيف لأنه فعل مثل ما فعل وبقى إزهاق الروح فوجب بالسيف

وإن جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه وأوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ فإن مات فقد استوفى حقه وإن لم يمت قتل بالسيف لأنه لايمكن أن يقطع منه عضو آخر ولا أن يوضح فى موضع آخر لأنه يصير قطع عضوين بعضو وإيضاح موضحين بموضحة .

وإن جنى عليه جناية لايجب فيها القصاص كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه فيرى البعض أن يقتل بالسيف ويخالف مالك الشافعى فى أنه يرى أن يكون القصاص بالسيف دائما كلما ثبت القتل بقسامة أو كان القتل بما يطول أمره كمنع الطعام والشراب ولا يقتص فى الجائفة ولا فى قطع الساعد لأن كلاهما

جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط ويرى البعض أن يقتص فى الجائفة وقطع اليد من الساعد لأنه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص لجاز القتل بها فى القصاص كالقطع من المفصل وحز الرقبة فإن اقتص بالجائفة وقطع الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ولا أن يقطع منه عضو آخر فيصير جائفتان بجائفة وقطع عضوين بعضو .

١٧٥ — **حكم الفعلين** : وإذا قطع طرف رَجل كَيد أو رِجل ثم قتله فإذا كان القتل بعد برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن يقتص منه الولى بمثل ما فعل فيقطع طرفه ثم يقتله إن شاء وله أن يكتفى بقتله فقط . أما مالك فيرى أن الطرف يندرج فى القتل فليس للولى إلا القتل فقط . أما إذا كان القتل قبل برء الإصابة الأولى فيرى أبو حنيفة والشافعى وقولهما رواية عن أحمد أن المستوفى أن يقطع الطرف ثم يقتل لأن حق المجنى عليه فى المثل والمثل هو القطع والقتل والاستيفاء بصفة المماثلة ممكن فإذا قطع الولى طرفه ثم قتله كان مستوفياً المثل وكان الجزاء مثل الخيانة جزاءاً وفاقاً ، ويرى مالك هذا الرأى بشرط أن يكون القطع قصد به التمثيل[1] ويرى أبو يوسف ومحمد وهو قول فى مذهب أحمد بأن الطرف يدخل فى النفس فللولى أن يقتل الجانى وليس له أن يقطع يده لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس فى الشريعة بل يدخل ما دون النفس فى النفس ويرى مالك هذا الرأى إذا لم يكن الجانى قصد من قطع الطرف التمثيل بالمجنى عليه[2] .

١٧٦ — **حضور المستحقين الاستيفاء** : يرى أبو حنيفة أن مستحقى القصاص يجب أن يحضروا الاستيفاء ولا يكفى أن يحضر وكيل عنهم بل يجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ — المهذب ج ٢ ص ١٩٥ — المغنى ص ٣٨٦ — ٣٩٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ ..

حضور الموكل بنفسه ولا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل أو الموكلين لاحتمال أن الغائب قد عفا ولأن فى اشتراط حضور الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العاقبة بالقاتل(١) ولا يشترط باقى الأئمة هذا الشرط وليس عندهم مانع من أن يتم الاستيفاء بمعرفة الوكيل فى غياب الموكلين .

١٧٧ - تفقد آلة القتل : وإذا أراد الولى الاستيفاء بنفسه فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها ، فإذا كانت كالّة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول ، وإن كانت مسممة منعه الاستيفاء بها لأنها تفسد البدن ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، فالولى الذى يستوفى يجب أن يكون خبيراً بالاستيفاء ، وأن تكون الآلة التى يستوفى بها صالحة للاستيفاء . وكل ذلك قصد منه أن لا يعذب الجانى وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن ، وقد روى شداد ابن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته »(٢) .

١٧٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟ الأصل فى اختيار السيف أداة للقصاص ، أنه أسرع فى القتل وأنه يزهق روح الجانى بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاماً فلا مانع شرعاً من استعمالها ، فلا مانع من استيفاء القصاص بالمقصلة ، والكرسى الكهربائى وغيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة وإسراع ولا يخلف الموت عنه عادة ، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد ، وأما الكرسى الكهربائى فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب(٣) .

---

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧ .

(٣) من فتوى للجنة الفتوى بالأزهر راجع القصاص ص ٢٠٨ .

١٧٩ - هل يجوز للسلطان اليوم أن يستأثر باستيفاء القصاص ؟

الرأى الراجح عند الفقهاء أن لا يترك الولى ليستوفى بنفسه القصاص فى الجراح[1] لأن القصاص فى الجراح يقتضى خبرة ودقة فوق ما يجب فيه من البعد عن الحيف والتعذيب ، ولما كانت الخبرة لا تتوفر فى معظم الأولياء . فقد رأى الفقهاء أن يتولى القصاص خبراء يوكلهم الأولياء ، ولا مانع من أن يأخذ هؤلاء الخبراء أجرهم من خزانة الدولة ، أما الاستيفاء فى القتل فقد ترك للولى ، إذا كان يحسن الاستيفاء وإذا استوفاه بآلة صالحة . فإذا لم يكن يحسنه وكل من يحسنه، فحق الولى فى الاستيفاء بنفسه متوقف على إحسانه وعلى استعمال الآلة الصالحة ، ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح ويحسنون استعماله غالباً ، أما اليوم فيقل أن تجد من يحسن استعمال السيف ، بل قد لا تجد فى القرية كلها سيفاً واحداً صالحاً للاستعمال فإذا أضيف إلى هذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والكرسى الكهربائى أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المقصلة أو غيرها لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد وأنها فى حيازة الدولة ، وإذا روعى هذا جميعه أمكن القول أن الضرورات اليوم تمنع من ترك الولى يستوفى فى حقه على الطريقة القديمة ، وأنها تقضى بحرمان الأولياء من استيفاء القصاص بأنفسهم وترك الاستيفاء لمن تعينهم الدولة من الموظفين الخبيرين ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاؤوا القصاص أو لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

سقوط القصاص

١٨٠ - تسقط عقوبة القصاص بأربعة أسباب هى : فوات محل القصاص - العفو - الصلح - إرث حق القصاص .

١٨١ - فوات محل القصاص : محل القصاص فى القتل هو نفس القاتل ،

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤١٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .

فإذا فات محل القصاص ، أى انعدم محله بأن مات من عليه القصاص ، سقطت العقوبة ، لأن محلها انعدم ، ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أم لا ؟ فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ، ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل ، لأن القصاص واجب عيناً ، والدية لا تجب إلا برضاء القتيل فإذا مات القاتل سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية لأن القاتل لم يوجبها على نفسه ، ويستوى أن يكون الموت بآفة سماوية أو بيد شخص آخر ما دام أن الموت بحق فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص بشخص آخر أو زنا أو ردة ، ففى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب بدلها الدية .

أما إذا قتل ظلما ، فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول ، فمثلا « من قتل رجلا فعدا عليه أجنبى فقتله عمدا ، فدمه لأولياء المقتول الأول ، ويقال لأولياء المقتول الثانى : أرضوا أولياء المقتول الأول ، وشأنكم بقاتل وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها ، وإن قتل خطأ فديته لاولياء المقتول الأول[1] ويسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ، ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره[2] إذا جنى عليه . ويرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال ، سواء كان الموت بحق أو بغير حق ، ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ، لأن الواجب فى القتل أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٦ .

ولأن ماضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر كذوات الأمثال[1].

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء فى المثل الآتى : إذا قتل محمد عليا ، فإن لأولياء محمد حق القصاص على على ، فإذا مرض على ومات سقط القصاص بموته ولا شيء لأوليائه طبقا لرأى مالك وأبى حنيفة ، ولأوليائه الدية فى مال على طبقا لرأى الشافعى وأحمد ، فإذا كان موت على سببه أن زيداً أطلق عليه عياراً ناريا عمداً فقتله أو صدمه بسيارته خطأ فقتله ، فقد سقط معه القصاص ، ولا شيء لأولياء محمد كما يرى أبو حنيفة ، وطبقا لرأى مالك ، ينتقل حق القصاص إلى زيد ويكون لأولياء محمد أن يقتصوا منه فى حالة العمد وليس لأولياء على أن يقتصوا من زيد إلا إذا أرضوا أولياء محمد ، وفى حالة الخطأ يدفع زيد دية على لأولياء محمد . وطبقا لرأى الشافعى وأحمد يسقط القصاص وتكون لأولياء محمد ديته فى مال على

١٨٢ ـ العفو : أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص . وأن العفو عنه أفضل من استيفائه ، والأصل فى جواز العفو الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقد أقر العفو فى سياق قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ إلى أن قال: ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفى سياق قوله تعالى : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ إلى أن قال: ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ وأما السنة فإن أنس ابن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فى قصاص إلا أمر فيه بالعفو » .

١٨٣ ـ والعفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو عن الدية ، فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجانا فهو عاف ، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف ، وإن كان مالك يرى أن العفو عن الدية يحتاج لنفاذه رضاء الجانى بدفع الدية بخلاف الشافعى وأحمد اللذين يريان أن العفو عن الدية يعتبر نافذا دون حاجة لرضاء الجانى[2] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها .

والعفو عند مالك وأبى حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا عندهما ، وإنما هو صلح[١] لأن تنازل الولى لا ينفذ إلا إذا قبل الجانى دفع الدية[٢]

ويشترط مالك وأبو حنيفة أن يكون العفو عن القصاص من صاحب الحق لأن العفو عنده إسقاط الحق وإسقاط الحق محال ممن ليس له حق ، ويرتب على هذا أن العفو لا يصح من أجنبى لأنه ليس صاحب الحق ولا من الأب أو الجد فى قصاص وجب للصغير خاصة ، لأن الحق للصغير وليس لهما ، وسلطتهما قاصرة على استيفاء الحقوق الواجبة للصغير ، وولايتهما مقيدة بالنظر لمصالح الصغير ، والعفو ضرر محض لأنه إسقاط الحق أصلا ورأسا فلا يملكانه وكذلك لا يملك السلطان العفو فيما له ولاية الاستيفاء فيه[٣] ولكن الأب والجد والسلطان يملكون الصلح .

ولكن الشافعى وأحمد يجيزان أن يكون العفو من الأب والجد على مال كما بينا فى الفقرة ١٦٧ كما يجيزون للسلطان أن يعفو على مال ولكنهم لا يجيزون له العفو مجانا .

والفرق بين أبى حنيفة والشافعى وأحمد هو اختلاف فى تكييف التنازل عن القصاص على الدية ، فأبو حنيفة يسميه صلحاً وباقى الأئمة يسمونه عفواً وأبو حنيفة منطقى فى وجهة نظره ، لأنه يشترط رضاء الجانى بدفع الدية . فإذا كان التنازل معلقا على رضاء الجانى بمقابل التنازل وهو الدية فالتنازل صلح لا عفو والشافعى وأحمد يتبعان المنطق فى وجهة نظرهما لأن تنازل أولياء المجنى عليه عن القصاص على الدية لا يتوقف على رضاء الجانى إذ الواجب عندهما بالقتل

---

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ والبحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢ ، ٣٠١ .

(٢) يسمى بعض الفقهاء فى مذهب مالك التنازل عن القصاص بمقابل عفواً، ويسميه بعضهم صلحا ، وهؤلاء يتفق رأيهم مع أبى حنيفة ، راجع الفقرة ١٦٧ .

(٣) راجع الفقرة ١٦٣ .

العمد القصاص والدية وللولى أن يختار بينهما فإذا اختار القصاص فله أن يتنازل عنه إلى الدية فالتنازل إذن إسقاط محض لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل فهو عفو لأنه إسقاط محض .

وفى مذهب مالك لا يرون بأسا من اعتبار التنازل عن القصاص مقابل الدية عفواً مع أنهم يعتبرون الواجب بالقتل العمد هو القصاص عينا ويوجبون رضاء الجانى إذا أختار الأولياء الدية ولكن بعضهم يعتبر هذا صلحا لا عفوا ومن يعتبرونه عفوا يفرقون بينه وبين الصلح بأن العفو يكون على الدية فقط أو أقل منها أما الصلح فيكون على أكثر من الدية ويكون على غير الدية ولا شك أن من يسمونه صلحا أقرب إلى المنطق ممن يسمونه عفوا[١] .

١٨٤ - من يملك حق العفو :

يملك حق العفو عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد من يملك حق القصاص[٢]، والقصاص عندهم حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، الرجال والنساء والصغار والكبار . فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالغا عاقلا فإن لم يكن كذلك فلا يملك التصرف فيه وإن كان الحق ثابتا لأنه من التصرفات الضارة والتى لا تجوز إلا للعاقل البالغ[٣] .

ويملك العفو عند مالك من يملك حق القصاص ، وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التى لا يساويها عاصب فى الدرجة ، والتى لو كان فى درجتها رجل ورث بالتعصب[٤] ويشترط مالك أيضا فى العافى أن يكون بالغاً عاقلا .

١٨٥ - هل يملك العفو فرد عند تعدد المستحقين ؟ . إذا كان المستحق للقصاص واحداً بالغا عاقلا رجلا أو امرأة فهو يملك العفو وحده عند

---

(١) راجع شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٣٠ ومواهب الجليل ص ٢٥٢ .
(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .
(٣) البدائع جـ ٧ ص٢٤٦ ، مهذب جـ ٢ ص٢٠١ الشرح الكبير جـ٩ ص ٣٨٨ .
(٤) راجع فقرة ١٦٣ .

أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، و إذا عفا كان عفوه نافذا ، و إذا تعدد المستحقون القصاص فعفا أحدهم نفذ عفوه وأنتج أثره ، ولو لم يعف الباقون ، وحجتهم أن القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا عفا أحدهم سقط بعفوه لأن القصاص لا يتجزأ بطبيعته إذ لا يمكن قتل بعض الجاني وإحياء بعضه وأن العفو أقرب للتقوى ، فهو أفضل من طلب القصـــاص ، فمن عفا رجح عفوه على طلب القصاص ، ويستدلون على صحة رأيهم بما روى عن عمر من أنه أتى برجل قتل قتيلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول ، وهى أخت القاتل قد عفوت عن حقي . فقال عمر : الله اكبر عتق القتيل ، وفى رواية عن زيد قال: دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتها قد تصدقت ، فقضى لسائرهم بالدية . وروى عن قتادة : أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ؟ ما تقول : قال : إنه قد أحرز من القتل . فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علما .

وزوال الزوجية بالموت لا يمنع استحقاق القصاص ثم العفو ، كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوق القتيل الموروثة عنه سواء على رأى القائلين بأن القصاص يرثه الورثة ابتداء أو يرثونه عن القتيل .

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالا متساوين فى الدرجة فالعفو يملكه أى واحد منهم فإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره وإن كان المستحقون نساء فالعفو لأعلاهن درجة كالبنت مع الأخت فالعفو للبنت دون الأخت ولو أن كليهما وارثة . هذا إذا كان القتل بغير قسامة فلا عفو إلا باجتماع النساء والعصبة . وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة واحدة فعفت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم وإذا كان المستحقون رجالا ونساء أعلى درجة منهم وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل ببينة أو إقرار أو قسامة أو كان الرجال وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة فلا عفو إلا بإجماع الفريقين أو بإجماع بعض هؤلاء وبعض هؤلاء . أما إذا كان

الرجال مساوين للنساء فى الدرجة أو أعلى منهن فلا كلام للنساء معهم والاستيفاء للعاصب وحده[١] .

١٨٦ — **متى يعفو الولى ؟** قد يكون العفو من الولى قبل الموت وقد يكون بعده ولكل حالة حكمها الخاص . وقد يكون العفو من الولى المستحق الذى لا شريك له . وقد يكون من ولى له شركاء وقد يكون عن بعض الجناية دون البعض .

١٨٧ — **عفو الولى بعد الموت :** إذا استحق ولى الدم القصاص وحده فعفا بعد موت القتيل وكان ممن يملك العفو ترتب على عفوه أثر وسقط القصاص عن القاتل سواء كان العفو مطلقاً غير مقيد أو كان العفو على الدية سواء قبل الجانى دفع الدية أم لم يقبل ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد أما مالك فيرى أن حق القصاص لا يسقط إلا إذا قبل الجانى دفع الدية إذا كان العفو على الدية . وأساس الخلاف أن العفو على الدية يوجبها على الجانى عند الشافعى وأحمد فلا حاجة لرضاه ولكن الدية لاتجب عند مالك وأبى حنيفة إلا برضاء الجانى[٢] .

وإذا عفا الولى عن الجانى ثم قتله بعد العفو عنه ، اعتبر الولى قاتلا عمداً باتفاق لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم[٣] وإذا استحق قصاصاً على شخص فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فهو مسئول عن قطع اليد عند مالك وأبى حنيفة ولا مسئولية عليه عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد . وحجة الفريق الأول أن حق من له القصاص فى الفعل وهو القتل ، لا فى المحل وهو النفس ، وإن كان فى النفس فهو فى القتل لا فى القطع لأن حقه فى المثل ومثل القتل هو القتل فإذا قطعها فقد استوفى ما ليس له بحق . ويرى مالك القصاص ولكن أبا حنيفة يرى درأه للشبهة . أما الفريق الآخر ، فحجته أن نفس القاتل صارت ملكاً لولى

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٢ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٥ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١ — المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ .

القتيل ، والنفس اسم لجملة الأجزاء ، فإذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه وإذا كان قد عفا ، فالعفو عن الباقى لا عما استوفاه .

ومن المتفق عليه أنه إذا قطعه ثم قتله فلا شىء عليه إلا التعزير لتعذيبه القتيل[١] وإن كان القصاص على أكثر من شخص واحد كأن كان القاتل رجلين فأكثر فإذا عفا الولى عنهما أو عنهم جميعاً سقط القصاص وإن عفا عن أحدهم أو بعضهم سقط القصاص عن المعفو عنهم وبقى على الآخرين لأن العافى استحق على كل منهم قصاصاً كاملاً والعفو عن أحدهم لا يستوجب العفو عن الآخرين .

وإذا تعدد الأولياء فى قصاص مشترك فعفا أحدهم سقط القصاص عن القاتل لأن سقوط نصيب العافى بالعفو يسقط نصيب الآخرين ضرورة لأن القصاص لا يتجزأ وهو قصاص واحد فلا يتصور استيفاء بعضه دون بعض وينقلب نصيب الآخرين مالا فيأخذون حصتهم من الدية ولا يأخذون الدية كاملة لأن للعافى نصيباً فيها فيأخذون الباقى بعد خصم نصيب العافى أما العافى فإنه يأخذ نصيبه إذا عفا على الدية ولا يأخذه إذا عفا مجانا[٢] .

وإذا عفا أحدهم فقتله الآخر فإن لم يكن يعلم بالعفو أو علم به ولكنه لا يعرف بأن القصاص سقط فهو قاتل عمدا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ويدرأ عنه القصاص وعليه الدية فى ماله لأن للولى القاتل حق القصاص وهذا يورث شبهة فى عصمة الجانى والحدود تدرأ بالشبهات ولكن زفر يرى أن عصمة الجانى عادت بالعفو فإذا قتله أحد الأولياء فقد قتل معصوماً فعليه القصاص وفى مذهب الشافعى رأيان كلاهما يعتبره قاتلا عمداً ولكن أصحاب الرأى الأول يدرؤون القصاص للشبهة وأصحاب الرأى الثانى يرون القصاص ، ومذهب أحمد أن لا قصاص للشبهة .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٤ — مواهب ج ٦ ص ٢٣٥ — مهذب ج ٢ ص ٢٠٣

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٤٧ — ٢٤٨ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٤ ، المهذب ج٢ ص ٢٠٢ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٠ .

وإذا قتله وهو عالم بالعفو وبسقوط القصاص كان قاتلا عمداً دون شبهة ووجب عليه القصاص عند أبي حنيفة وأحمد وطبقاً لأحد الرأيين في مذهب الشافعي أما الرأي الآخر فيشترط للقصاص أن يكون عالماً بالعفو وأن يحكم القاضي بسقوط القصاص وإن لم يتوفر هذان الشرطان درىء القصاص للشبهة لأن مالكاً يرى أن حق الولى لا يسقط في القود بعفو الشريك وهذا الخلاف يعتبر شبهة تدرأ القصاص[1] [تبحث هذه المسألة من كتب المالكية] .

كل ما سبق إذا كان القصاص الواحد مشتركا بين مستحقين متعددين فعفا أحدهم أو بعضهم عن نصيبه أما إذا وجب لكل من المستحقين قصاص كامل غير مشترك قبل القاتل فإن الحكم يختلف فلو قتل الجاني رجلين فعفا ولى أحدهما عن القاتل فإن عفوه لا يسقط حق ولى القتيل الأخير من القصاص من القاتل لأن كل واحد من الوليين استحق على الجاني قصاصاً كاملاً مستقلاً عن القصاص الذي استحقه الآخر فإذا ما أسقط أحدهما حقه بقى حق الآخر بخلاف القصاص المشترك فإن عفو أحد الشركين فيه يسقط حق الشريك الآخر لأن حق القصاص لا يتجزأ ومن المحال إسقاط بعضه وتنفيذ بعضه .

١٨٨ – عفو الولى قبل الموت : إذا عفا الولى بعد الجرح وقبل الموت ففي صحة عفوه ونفاذه رأيان : أولهما – أن العفو غير صحيح لأنه عفا عما لم يجب له لأن القصاص لا يجب له إلا بعد وفاة مورثه ولأن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بوفاة الموروث فالعفو لم يصادف محله . ثانيهما – أن العفو صحيح لأن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من يوم وجوده فكان العفو عن حق ثابت وإذا فرض أن القتل لم يوجد من يوم الجرح فقد وجد سببه وهو الجرح المفضى إلى الموت والسبب المفضى إلى الشيء يقام مقامه وعلى هذا يكون العفو صحيحاً[2] .

---

(١) بدائع ج ٧ ص ٢٤٨ – المهذب ج ٢ ص ، ١٩٧ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ المغنى ج ٩ ص ٤٦٥ – ٤٦٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٨ الأم ج ٦ ص ١٤ .

١٨٩ – العفو من المجنى عليه : وكما يصح أن يكون العفو من ولى القتيل يصح أن يكون العفو من القتيل قبل موته فإن عفا المجروح عن الجانى وبرأ من جراحه دون أن يسرى إلى أعضاء أخرى فالعفو صحيح لأن القاعدة أن للمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مجاناً وله أن يعفو عن الدية أيضاً .

وإن عفا المجروح عن الجانى فسرى الجرح إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ، ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها ، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح ، أو عن الجرح وما يحدث منه لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . أما الشافعى وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملا الجناية وما يحدثه منها ، وفى هذه الحالة يصح العفو وبين ما إذا كان العفو قاصراً على الجرح فقط ففى هذه الحالة يكون الجانى مسؤولا عن السراية ولكن لا يقتص منه لأن القصاص فى الأصبع سقط بالعفو ولا يجب فى الكف لأنها تلفت بالسراية ، فإذا كان العفو على الدية وجبت الدية فى اليد كلها ، وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية دون الأرش فيما تسرى إليه ، والظاهر أن هذا الحكم عند مالك[1] .

وإن عفا المجروح ثم سرى الجرح إلى النفس ومات . فيرى أبو حنيفة وأصحابه ، أن العفو إذا كان بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها صح العفو ولا شىء على القاتل ، لأن لفظ الجناية يتناول القتل ، وكذلك لفظ الجراحة وما يحدث منها ، فكان ذلك عفواً عن القتل ، وأما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر مايحدث منها ، لم يصح العفو عند أبى حنيفة ، وكان الجانى مسؤولا عن القتل العمد ، ولكن تجب الدية بدلا من القصاص درءاً لشبهة العفو ، وعند محمد وأبى يوسف العفو صحيح ولا شىء على القاتل ، لأن العفو عن الجراحة يشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية ، لأن السراية ، أثر

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ ، المهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٥ ، مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

الجرح ، والعفو عن الشيء عفو عن أثره ، وحجة أبو حنيفة ، أن حق المجنى عليه فى موجب الجناية أى القصاص لا فى عين الجناية أى الجرح وعين الجناية ، ومن لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو عنه . فكان عفو المجنى عليه عفوا عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أن لا موجب بهذه الجراحة ، وأن الواجب عند السراية هو موجب القتل أى القصاص ، كذلك فإن الجرح غير القتل ، فالعفو عن أحدهما ليس عفوا عن الآخر[١] .

ويقترب رأى الشافعى من رأى أبى حنيفة ، فإن كان العفو عن الجناية وديتها وما يحدث منها فلا قصاص ولا دية ، وإن كان عن الجناية فقط سقط القصاص ولم تسقط دية النفس ، لأنه أبرأ فيها قبل الوجوب . أما سقوط القصاص فبالعفو بعد الوجوب ويسقط فى النفس لأنه لا يتبعض[٢] وفى مذهب أحمد رأيان : رأى يماثل الشافعى ورأى يماثل رأى أبو يوسف ومحمد[٣] أما إذا كان الجرح أو الجناية لا يجب فيه القصاص كجائفة أو قطع يد من الساعد ، فإن العفو لا أثر له عند الشافعى وأحمد ، لأن العفو عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يصادف العفو محله ، بخلاف ما إذا كان الجرح أو الجناية يجب فيه القصاص ، فإن العفو يصادف محله فى الجرح ، ويسقط القصاص فى النفس لأنه سقط فى الجرح ، إذ القصاص لا يتبعض فإذا سقط فى البعض سقط فى الكل[٤] .

وعند مالك إذا كان العفو عن الجرح وما ترامى إليه من عضو أو نفس فالعفو صحيح نافذ وإن كان العفو عن الجرح دون بيان فهو محمول على أنه عفا عما وجب له فى الحال ، ويسأل عن السراية للعضو والنفس ، ويعتبر فى حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة فى حالة العمد[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .
(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٧ وما بعدها ، والمغنى ج ٩ ص ٤٦٩ وما بعدها .
(٤) المهذب ج ٢ الشرح الكبير ج ٩ ، المغنى ج ٩ .
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ و ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

فالفرق بين الشافعى وأحمد وبين مالك ، أنه يجعل القصاص فى كل حال ، ولكنهما يجعلانه فى حالة ما إذا كانت الجناية لا توجب القصاص ، أى أن رأى مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة ويخالفه فقط فى أنه لا يدرأ القصاص للشبهة ، ولكن بعض الفقهاء المالكيين يفرق بين ما إذا كان الجرح يجب فيه القصاص أو لا يجب ، ويجعل القصاص قاصراً على الجناية التى لا يجب فيها القصاص .

هل يعتبر عفو المجنى عليه وصية للقاتل ؟ : للفصل فى هذه المسألة أهمية كبرى ، لأن اعتبار العفو وصية يوجب أن يكون المعفو عنه فى ثلث التركة حيث لا تصح الوصية فى أكثر من ثلث التركة ، فإن كان المعفو عنه فى ثلث التركة فالعفو نافذ إذا كان صحيحاً وتوفرت شروطه ، وإن كان المعفو عنه يزيد على ثلث التركة نفذ العفو فيما يساوى ثلث التركة فقط .

وإذا اعتبرنا العفو وصية فهناك رأيان : رأى يقول بأن الوصية لا يجوز أن تكون لقاتل ورأى يرى الجواز ، فإذا أخذ بالرأى الأول كان العفو لغوا إلا فى الجرح الحاصل قبله ومن رأى مالك وأبى حنيفة أن عفو المجنى عليه لا يعتبر وصية للقاتل ، لأن موجب العمد هو القصاص عيناً ، والعفو ينصب على إسقاط القصاص ، والقصاص ليس مالا يملك والوصية تمليك لما بعد الموت ، فالعفو عن القصاص لا يمكن أن يكون وصية .

ويرى أحمد أن العفو لا يعتبر وصية ولو عبر عنه العافى بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك ، لأنه إذا كان الواجب فى العمد هو أحد شيئين ، القصاص أو الديه ، فإن العفو قبل تعيين أحدهما لا يعتبر عفواً عن مال ، أو بمعنى آخر تمليكاً لمال ، ومن ثم فلا يعتبر وصية ، أما إذا تعين الموجب بأن أبرأه المجنى عليه من الدية ، أو أوصى له بها . فالتصرف وصية لأنه تمليك المال لما بعد الموت ، وقد اختلفوا فى المذهب فى صحة الوصية لقاتل ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح لقاتل ويترتب على هذا الرأى أن الجانى يلزم بدية النفس بعد خصم دية الجرح ، لأن العفو عن الجرح صادف محله فكان إسقاطاً لا وصية ،

ورأى البعض أن الوصية تصح للقاتل ، و يترتب على هذا الرأى أن الدية تسقط إذا كانت تخرج من ثلث التركة ، فإن كانت الدية أكثر من الثلث سقط منها بقدر ثلث التركة ، ووجب الباقى على الجانى[1] .

ومذهب الشافعى على أن العفو إذا جاء فى صيغة الوصية فهو وصية لقاتل ، كأن يقول : أوصيت له بأرش هذه الجناية ، فإذا جاء العفو بلفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط فيرى البعض أنه وصية أيضاً لأنه تبرع ، ويرى البعض أنه ليس وصية لأنه إسقاط ناجز ، والوصية معلقة بحالة الموت ، والرأى الأخير هو الراجح وكما اختلفوا فى حكم الوصية للقاتل ، هل هى صحيحة أم لا ؟ فقال البعض إنها صحيحة وهو الرأى الراجح ، وقال البعض إنها غير صحيحة ، ويترتب على هذا الخلاف فى صحة الوصية ماسبق أن بيناه[2]

الصلح

١٩٠ ـ لا خلاف بين الفقهاء فى جواز الصلح على القصاص وأن القصاص يسقط بالصلح ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها و بأقل منها والأصل فيه السنة والإجماع . فقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله قال : « من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا و إن شاؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة وماصولحوا عليه فهو لهم » وفى عهد معاوية قتل هو يه بن خشرم قتلا[3] فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن

---

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، الإقناع جـ ٤ ص ١٨٨ .
(٢) تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٣ .
(٣) المغنى جـ ٩ ص ٤٧٧ .

يكون بدل الصلح قليلاً أو أكثر من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا بخلاف ما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر ربا فمثلا لا يصح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل لأن الدية مائة من الإبل ولأن الزيادة ربا.

١٩١ - الفرق بين العفو والصلح: العفو هو إسقاط دون مقابل أما الصلح فهو إسقاط بمقابل وقد ذكرنا أن مالكاً وأبا حنيفة يعتبران العفو عن القصاص على الدية صلحاً لا عفواً لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عيناً والدية لا تجب إلا برضاء الجانى فإسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعى وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفواً لا صلحاً لأن الواجب عندهما أحد شقى القصاص أو الدية والخيار للولى دون حاجة لرضاء الجانى ومن ثم كان التصرف إسقاطاً من طرف واحد فهو عفو.

١٩٢ - من يملك الصلح: يملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو وقد سبق أن بينا ذلك بمناسبة الكلام على العفو ونزيد عليه هنا أن الشافعى وأحمد يجعلان العفو للسلطان لولى الصغير والمجنون على الدية أما مالك وأبو حنيفة فيجعلان لهم حق الصلح لا العفو لأن العفو عندهما إسقاط دون مقابل لما بينا ويشترطان أن لا يكون الصلح على أقل من الدية فإن صالح أحدهما على أقل من الدية صح الصلح ووجب باقى الدية فى ذمة الجانى فإذا كان الجانى معسراً وقت الصلح فيرى مالك عدم الرجوع عليه.

١٩٣ - ويصح أن يكون الصلح من المجنى عليه ويصح أن يكون من الولى قبل الموت أو بعده وحكم الصلح فى هذه الحالات جميعاً هو حكم العفو على الوفاق والخلاف التى ذكرنا فى العفو.

١٩٤ - وإذا صالح الولى القاتل على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً وقد مرت المسألة فى العفو وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالاً لما ذكرنا فى العفو وإذا قتله

أحد الآخرين بعد عفو صاحبه فهو على التفصيل والخلاف والوفاق الذى ذكرنا فى العفو وإذا تعدد الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولى أحد القتلى فللآخرين أن يستوفوا ولو تعدد القاتلون فصالح الولى أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين وهكذا كل ما ذكر فى العفو ينطبق فى حالة الصلح .

١٩٥ ـ وصلح المجنى عليه حكمه حكم عفوه سواء سرى الجرح وانتهى بالبرء أو الموت على الوفاق والخلاف الذى ذكرنا فى العفو لكن إذا اعتبر الصلح غير نافذ ولم يقره الأولياء فعليهم أن يردوا للجانى مقابل الصلح إذا كان القتيل قد تسلمه .

إرث حق القصاص

١٦٩ ـ يسقط القصاص إذا ورثه من ليس له القصاص من القاتل كما يسقط إذا ورثه القاتل كله أو بعضه فإذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص لأن القصاص لا يتجزأ وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقين وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له سوى القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فسقط القصاص وكذلك الحكم لو ورث بعضه فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية[1] ومن الأمثلة التى يضربونها على سقوط القصاص بإرثه ما يأتى :

إذا قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث أو لم يكون لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه لأنه إذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣، المهذب ج٢ ص١٨٦ المغنى ج ٧ ص ٣٦٢ وما بعدها .

لا يتبعض وصار كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن نصيبه منها .

إذا قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت فورثها ابنها سقط القصاص ولا عبرة بكون الابن لم يرث القصاص إلا بعد وقوع القتل إذ القاعدة أن ما منع مقارنا أسقط طارئا .

ولو قتلت امرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره .

ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر أمه ، فإن كانت الزوجية قائمة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الأم دون قاتل الأب ، لأن الأم ورثت جزءاً من دم الأب فلما قتلت ورثها قاتل الأب فورث جزءاً من دم نفسه فسقط عنه القصاص وبقي له القصاص على أخيه[1] ، وإن لم تكن الزوجية قائمة وقت القتل فعلى كل من الولدين القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه لكونه قتلا بحق ، فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ، فإذا لم يبدأ أحدهما الآخر بالقتل فقد اختلف أيهما يقتل أولا ، لأن القصاص من أحدهما يسقط القصاص عن الآخر إذا كان يرثه ، ففي مذهب أحمد يرى البعض البدء بمن ارتكب جريمته أولا . ويرى البعض الاقتراع بينهما ، والرأى الأخير مذهب الشافعي ، واختلفوا في مذهب أبي حنيفة ، فرأى زفر ترك الأمر للقاضي يبتدىء بأيهما شاء ، ورأى الحسن ابن زياد بأن يوكل كل منهما وكيلا لقتل الآخر فيقتلان في وقت واحد فلا يرث أحدهما الآخر ، وقال أبو يوسف بإسقاط القصاص عنهما معا ، وحجته في ذلك

---

(١) هذا الحل على مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد، أما على مذهب مالك فإن على كل ولد القصاص لأخيه كما هو في السطر الثاني من المثال . وعلة الخلاف أن الزوجة لا تستحق عند مالك فهي لا ترث شيئاً من حق القصاص عند الأب .

تعذر استيفاء القصاص لأنه إذا استوفى أحدهما سقط القصاص عن الآخر ، وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر ، وفى استيفاء أحد القصاصين إبقاء حق أحدهما وإسقاط حق الآخر ، وهذا لا يجوز ، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد ، لأن الفعلين قلما يتفقان فى زمان ، بل يسبق أحدهما الآخر عادة ، وإذا اتفق الفعلان فإن أثر كل من الفعلين وهو فوات الحياة لا يمكن أن يتفق مع أثر الفعل الآخر ، فإذا تخالف الفعل أو أثره فقد ورث من وقع عليه الفعل المخالف زميله وسقط عنه القصاص فكأنه قتل دون حق (١) .

ويلاحظ أن مالكا يفرق بين استحقاق القصاص ووارث حق القصاص فمستحق القصاص هو العاصب الذكر والمرأة التى توفرت فيها شروط خاصة سبق بيانها (٢) فإذا مات من يستحق القصاص ورثه ورثته الذين يرثون المال من غير خصوصية للقضية فيرثه البنات والأمهات ويكون لهن العفو والقصاص كما لو كانوا كلهم عصبة لأنهم ورثوه عمن كان ذلك له ولا يستثنى من الورثة إلا الزوجين فإنهما وإن ورثا المال لا يرثان حق القصاص .

ويرى أشهب أحد فقهاء مذهب مالك أن القصاص لا يسقط عن الجانى إذا ورث جزءاً من دم نفسه إلا إذا كان من بقى من المستحقين يستقل الواحد منهم بالعفو (٣) أما إذا كان الباقون لا يستقل أحد منهم بالعفو ولا بد فى العفو من إجماعهم عليه فلا يسقط القصاص عن الجانى الوارث لجزء من دمه كمن قتل أخاه شقيقه وترك المقتول بنتين وثلاثة أخوة أشقاء غير القاتل فمات أبوهم ولا وارث له إلا إخوته الثلاثة القاتل والأخوان الآخران فقد ورث القاتل قسطاً من نفسه ولا يسقط القصاص عنه حتى تعفو البنات والأخوان الباقيان أو البعض من كل (٤) . أى من هؤلاء وهؤلاء .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٦٢ وما بعدها ، بدائع الصنائع ص ٢٥١ .

(٢) راجع الفقرة ١٦٣ .

(٣) راجع الفقرتين ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٤) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ .

الكفارة

١٩٧ - الأصل فى الكفارة قوله تعالى ﴿ ومن قَتَلَ مؤمناً خطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ ، وديةٌ مسلمةٌ إلى أهلِهِ إلا أن يصَّدَّقوا فإن كان من قومٍ عدوٍ لكم وهوَ مؤمنٌ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ وإن كان من قومٍ بينكم وبينهم ميثاقٌ فديةٌ مسلمةٌ إلى أهله وتحرير رقبةٍ مؤمنةٍ فمن لم يجدْ فصيامُ شهرين متتابعين توبةً من الله ﴾ .

١٩٨ - والكفارة عقوبة أصلية وهى عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

١٩٩ - وظاهر من النص أن الكفارة شرعت فى القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبة فى القتل الخطأ وكذلك فى القتل شبه العمد لأنه يشبه الخطأ من وجه ولكنهم اختلفوا فى وجوبها فى القتل فرأى الشافعى أنها تجب فى العمد لأنها إذا وجبت فى قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب فى العمد وشبه العمد وقد تغلظ بالإثم أولى . واستند إلى مارواه واثلة بن الأسقع قال : أتينا النبى صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال : « اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار »[1] .

ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعى ولكن المشهور فى مذهبه أن لا كفارة فى القتل العمد وحجة القائلين بأن لا كفارة فى العمد أن النص الخاص بالقتل جاء خلواً من الكفارة وأن الله جعل جزاء القتل العمد القصاص من القاتل وجهنم خالداً فيها ومفهوم هذا أن لا كفارة فى القتل العمد ويستندون إلى أن سويد بن الصامت قتل رجلا فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القود ولم يوجب كفارة .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٤ .

وأن عمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين فى عهد النبى فوداهما ولم يوجب كفارة[١] .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن لا كفارة فى القتل العمد لأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلابد من أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والقتل بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناظر به الكفارة ولأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلا يجوز إثباتها بالقياس بل لابد من النص عليها[٢] .

ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ، ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعى أو للعفو[٣] .

وسنذكر فيما يلى أحكام الكفارة مقارنة فى المذاهب مع ملاحظة الفرق بين ما يجيزها فى القتل العمد ومن لا يجيزها .

٢٠٠ – على من تجب الكفارة ؟ تجب الكفارة عند الشافعى وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ عاقلا أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم . لا يستثنى من ذلك إلا الحربى فتجب على الذمى والمعاهد والمستأمن[٤] ويرى مالك أنها تجب على الصبى البالغ والعاقل والمجنون . و لكنها لا تجب إلا على مسلم لأنها عقوبة تعبدية[٥] .

ويرى أبو حنيفة أن الكفارة لا تجب إلا على مسلم بالغ ، فهى لا تجب على الصبى والمجنون وغير المسلم ، لأن الصبى والمجنون لا يخاطبان بالشرائع أصلا ، أى لا مسؤولية عليهما ، ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤٠ .
(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩١ .
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .
(٥) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كانت عقوبة إلا أنها فى الوقت نفسه عبادة ، ويرد على أبى حنيفة بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية ، فهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما الكافر فيلزم بها لعموم النص .

٢٠١ — **تعدد الكفارة بتعدد الجناة :** إذا تعدد الجناة فى قتل يوجب الكفارة لزم كل جان كفارة مستقلة ، وعلى هذا أجمع الأئمة الأربعة ، لأن الكفارة عن الفعل فلا يتبعض وتكون كاملة فى حق كل واحد من المشتركين فى القتل كالقصاص يجب على كل مشترك فى القتل .

وهناك رواية عن أحمد ورأى فى مذهب الشافعى بأن على الجميع كفارة واحدة ، وهذا يتفق مع رأى أبى ثور والأوزاعى ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن النص أوجب فى القتل دية واحدة وكفارة واحدة ، وإذا كان من المسلم به أن الدية لا تتعدد فكذلك يجب أن يكون شأن الكفارة[1] .

٢٠٢ — وكفارة القتل كما قلنا هى عتق رقبة مؤمنة . فإن لم يجدها القاتل فى ملكه فاضلة عن حاجته ، أو يجد ثمنها فى ماله فاضلا عن كفايته ، فصيام شهرين متتابعين ، فليس بشرط إذن أن تكون الكفارة عتق رقبة بالذات لأنها قيمتها تقوم مقامها ، وعلى هذا يمكن أن نقول : إن الكفارة بعد إلغاء الرق لا تكون بعتق رقبة ، وإنما تكون بالتصدق بقيمة الرقبة إذا كان لدى القاتل ما يفيض عن حاجته ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وتقدير قيمة الرقبة يترك لأولياء الأمور .

وإذا لم يستطع القاتل الصيام فيرى البعض ، أن الصيام يثبت فى ذمته حتى يستطيعه أو يستطيع قيمة الرقبة ، ويرى البعض أن على القاتل إذا لم يستطع الصوم أن يطعم ستين مسكيناً قياساً على ما جاء فى كفارة الظهار ، ويعترض على هذا الرأى بأن الله ذكر العتق والصيام فقط فى القتل ، وذكر العتق

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٩ ، ٤٠ والمهذب ج ٢ ص ٢٣٤ . مواهب الجليل ج٦ ص٢٦٨ .

والصيام والإطعام فى الظهار ، ولو وجب الإطعام فى القتل لذكره كما ذكره فى حالة الظهار(١) .

هل تجب الكفارة فى كل قتل ؟ تجب الكفارة فى القتل المحرم فقط ، أما القتل المباح فلا تجب فيه ، كقتل قاطع الطريق والقتل للقصاص وقتل الحرب والقتل دفاعاً عن النفس ، وتجب الكفارة سواء كان القتيل مسلماً أو غير مسلم، وذكراً أو أنثى ، صغيراً أو كبيراً ، وسواء كان القتل فى دار الاسلام أو دار الحرب باتفاق .

واختلف فى قتل النفس ، فرأى الشافعى أن على قاتل نفسه الكفارة فى ماله لأن القتل محرم والنص عام يدخل تحت قتل النفس . وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى مايراه الشافعى ، والثانى: يرى أن لا كفارة فى قتل النفس . لأن النص مقصود به قتل الغير بدليل قوله تعالى : ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقاتل نفسه لا تجب فيه دية كما أن أن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبى عليه السلام فيه بكفارة ويرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس(٢)

القتل المباشر والقتل بالتسبب : ــ وتجب الكفارة عند مالك والشافعى وأحمد سواء كان القتل مباشراً أو تسبباً ، ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى ولو كان خطأ(٣) .

العقوبات البدلية للقتل العمد

٢٠٣ ــ عقوبات القتل العمد البدلية ثلاثة : الدية ، التعزير ، الصيام والدية والتعزير بدل من القصاص ، والصيام بدل من الكفارة ، وسنبين فيما يلى أحكام هذه العقوبات الثلاث واحدة بعد أخرى :

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤١ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ بدائع الصنائع ص ٢٥٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٣ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ .

أولا : الدية :

٢٠٤ - **الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع** : أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ .

وأما السنة: فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه : « و إن في النفس مائة من الإبل » وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

٢٠٥ - والدية في القتل العمد ليست عقوبة أصلية : وإنما هي عقوبة بدلية قررت بدلاً من العقوبة الأصلية وهي القصاص ، وتحل الدية محل القصاص كلما امتنع القصاص أو سقط بسبب من أسباب الامتناع أو السقوط بصفة عامة ، مع مراعاة أن هناك حالات يسقط فيها القصاص ولا تحل محله الدية كحالة العفو مجاناً وكحالة موت الجاني عند مالك وأبي حنيفة ، ولقد سبق أن بينا بتفصيل حالات سقوط القصاص . والآراء المختلفة فيها وما يحل محل القصاص .

ولا يعتبر الدية في حالة قتل الأب ولده عقوبه أصلية . لأن العقوبة الأصلية للقتل هي القصاص . وإنما استثنى الأب منها لقوله عليه السلام : « لا يقاد الوالد بولده » والتعبير بلفظ يقاد دليل على أن القود هو الأصل ولكن صلة الأبوة تمنع منه فحلت الدية محله .

٢٠٦ - **الأجناس التي تجب فيها الدية** : تجب الدية عند مالك وأبي حنيفة في ثلاث أجناس : الإبل . والذهب والفضة[1] .

ولا تجب الدية فيها كلها ، وإنما في واحد منها ، فإذا قضيت الدية من الإبل أو من الذهب أو من الفضة فالقضاء صحيح ، لأن كل واحد من هذه الأجناس

---

(١) وحجتهما أن رسول الله قال: « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وأنه جعل دية كل ذي عهد على عهده ألف دينار .

يقوم مقام الآخر ويرى أحمد ومعه أبو يوسف ومحمد ، أن الدية تجب في ستة أجناس : الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل(١).

وكان الشافعي يرى قديماً رأى مالك وأبي حنيفة ثم عدل عنه وقال : إن الدية تجب في جنس واحد هو الإبل ، وأساس رأى الشافعي الأخير ، أن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن ما عدا الإبل من الذهب أو الفضة أو غيرها أبدال تزيد وتنقص بحسب زيادة قيمة الإبل ونقصها . وليست هذه الأبدال أصولا ثابتة كالإبل .

وحجة الشافعي حديث الزهري قال : « كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من الإبل ، قيمة كل بعير أوقية ، ثم غلت قيمة الإبل فصارت قيمة كل بعير أوقية ونصفا ثم غلت فصارت قيمة كل بعير أوقيتين ، فما زالت تغلو حتى جعلها عمر عشرة آلاف درهم أو أربعمائة دينار » ويستدل الشافعي على أن الأصل هو الإبل . بأن التغليظ جاء في الإبل لا في غيرها فلو كان غيرها أصولا لجاء فيها التغليظ أيضاً(٢).

وباقي الفقهاء يسلمون بأن الإبل هي الأصل في الدية ، وأن تقدير الذهب والفضة وغيرها روعي فيه وقت التقدير قيمة الإبل ، ولكنهم لا يعتبرون ماعدا الإبل أبدالا عنها ، ويرون أن الذهب والفضة أصبحت أصولاً ، أو يرون أنها والدية جميعاً أبدال من التلف وهو القتيل ، فصفتها واحدة ولا يتميز جنس منها عن جنس .

وأهمية اعتبار أحد هذه الأجناس أصلاً أو عدم اعتباره تظهر عند تسليم

---

(١) وحجتهم عمل عمر رضى الله عنه فإنه قضى بالدية من هذه الأجناس جميعاً حين كانت الديات على العواقل ، وروى عن عمرو بن شعيب أنه قام خطيبا فقال ألا إن الإبل قد غلت، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة . وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها .

الدية ، فإذا اعتبرت الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل أصولا ، لم يكن لولى الدم أن يمتنع عن تسلم أى شىء منها أحضره من عليه الدية ، و يلزم الولى بأخذه دون أن يكون له المطالبة بغيره لأنها جميعاً أصول فى قضاء الواجب يجزى واحد منها ، فالخيرة فيها لمن وجبت عليه الدية لا لمن وجبت له ، أما إذا قيل إن الإبل هى الأصل خاصة فعلى القاتل تسليمها للولى سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه لأن الحق متعين فيها ، وإذا أعوزت الإبل ولم توجد فعلى القاتل ثمنها مهما بلغت قيمة الإبل ولو زادت عن ألف دينار واثنى عشر ألف درهم ، وكان رأى الشافعى قديماً كرأى مالك وأبى حنيفة يقضى فى حالة إعواز الإبل بدفع ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم ، لأنه كان يعتبر الإبل والذهب والفضة أصولا كلها . و إذا قلت قيمة الإبل بحسب رأى الشافعى ولم تصل إلى ألف دينار فالولى ملزم بأخذها مهما قلت قيمتها ، لأن ماخمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن حق الولى يتعين فى الإبل دون غيرها فليس له أن يطالب بأكثر منها[1] .

٢٠٧ - مقدار الواجب من كل جنس : الواجب من الإبل هو مائة من الإبل ومن الذهب ألف دينار والدينار مثقال من الذهب ومن الورِق اثنا عشر ألف درهم طبقاً لرأى مالك وأحمد ورأى الشافعى القديم وعشرة آلاف درهم طبقاً لرأى أبى حنيفة وأساس الخلاف أن الفريق الأول يجعل الدينار اثنى عشر درهماً والفريق الثانى يجعله عشرة دراهم ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفان ومن الحلل مائتا حلة ونلاحظ مما ذكرنا عن الاتفاق والاختلاف على تقدير هذه الأجناس .

٢٠٨ - على من تجب الدية فى القتل العمد : من المتفق عليه أن دية القتل العمد تجب فى مال القاتل فلا يحملها غيره عنه وهـــذا يتفق مع مبادىء

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٥ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ ، المغنى ج٩ ص٤٨٨ المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ .

الشريعة العامة التي تقضي بأن بدل التالف يجب على المتلف وأن أرش الجناية على الجاني ويتفق مع قول الرسول عليه السلام « لا يجني جانٍ إلا على نفسه » والواقع أن الجناية من أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها .

مقدار ما يلزم به القاتل عند التعدد : إذا تعدد الجناة ولم يكن قصاص فعليهم دية واحدة للقتيل تقسم عليهم بحسب عددهم ولا يلتزم كل منهم بدية مستقلة وإذا عفي عن بعض الجناة على الدية واقتص من البعض الآخر فعلى المعفو عنهم كل منهم حصته فقط من الدية مقسمة على عدد رؤوس القاتلين من اقتص منه ومن عفا عنه .

وإذا نتج الموت من عدة أسباب كأن طعنه شخص عمداً برمح وأصابه آخر خطأ وعقرته دابته بعد ذلك فمات من هذه الحالات الثلاثة فعلى المتعمد ثلث الدية بغض النظر عن عدد ما أحدثه من إصابات ولا يلتزم كل واحد من القاتلين بدية مستقلة حال العفو أو امتناع القصاص ولو أن عليهم القصاص جميعاً ذلك لأن القصاص عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدد الفاعلين . أما الدية فبدل المحل المتلف وهو واحد[1] .

٢٠٩ – ولكن الفقهاء مع هذا اختلفوا فيمن يحمل دية القتيل إذا كان القاتل حدثاً صغيراً أو مجنوناً فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمدا الفعل لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمداً إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ وفي مذهب الشافعي رأيان أحدهما : يتفق مع رأي باقي الأئمة وهو المرجوح والثاني : يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمكن القصاص منهما فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية في مالهما[2] .

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٤ ، ٣٣٦ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤١ ، شرح الدردير ص ٢١٠ ، المغني ج ٩ ص ٥٠٦ المهذب ج ٢ ص ٢١٠ .

٢١٠ - أوصاف الإبل في دية العمد : — يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية في القتل العمد مائة من الإبل تقسم أرباعاً خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة

ويرى الشافعي ومحمد بن الحسن من فقهاء مذهب أبي حنيفة ولأحمد رأى يتفق معهما أن دية العمد مائة من الإبل مثلثة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها وحجة هؤلاء ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوه وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صولحوا عليه فهو لهم » .

وماروا عبد الله بن عمرو من أن رسول الله قال « ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها » وما رواه عمرو بن شعيب من أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة[1] والخلفة الحامل وقول الرسول في بطونها أولادها تأكيد وقلما تحمل إلا ثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفة تجزئ في الدية ولو لم تبلغ السن لأن لفظ خلفة مطلق ولو أسقطت قبل قبضها فعلى القاتل بدلها .

٢١١ - هل تغلظ الدية من العمد ؟ يرى مالك تغليظ الدية من العمد في حالة واحدة هي قتل الوالد لولده ففي هذه الحالة تغلظ الدية وتكون مثلثة بدلاً من كونها مربعة ويلزم القاتل بمائة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة[2] فإن لم تكن إبل فالتغليظ من الذهب أو الفضة وذلك بأن ينظر قيمة الإبل متغلظة وقيمتها غير مغلظة والفرق بينهما ثم تضاف مثل نسبة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ والمغني ج ٩ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

هذا الفرق على الذهب أو الفضة فمثلا إذا كانت قيمة الدية من الإبل مخفضة ستمائة وقيمتها مغلظة ثمانمائة فالفرق بينهما يساوى المخفضة فيضاف على الذهب أو الورق مايساوى ثلثه ويرى أحمد أن الدية تغلظ فى العمد لأسباب ثلاثة هى : القتل فى الحرم ، والقتل فى الشهور الحرم ، وقتل المحرم واختلفوا فى المذهب فى التغليظ لقتل ذى رحم محرم وصفة التغليظ عند أحمد أن يضاف لكل واحد من أسباب التغليظ ثلث الدية فإذا اجتمعت الأسباب الثلاثة وجبت ديتان ولا يرى الشافعى التغليظ فى العمد وإنما يراه فى الخطأ كما سنرى فيما بعد وقد احتج عليه فقهاء مذهب أحمد بأنه إذا جاز التغليظ فى الخطأ فهو فى العمد أولى والظاهر أن الشافعى لم ير التغليظ فى العمد لأنه جعل دية العمد مغلظة إذ جعلها مثلثة بينما جعلها أحمد مربعة[١] ولا يرى أبو حنيفة التغليظ فى العمد لأنه يرى دية العمد مغلظة بالنسبة لغيرها إذ هى مربعة بينما دية الخطأ مخمسة ولأنها فى مال الجانى بينما دية الخطأ على العاقلة[٢] .

٢١٢ ـ **وقت الدية فى العمد** : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الدية فى العمد تجب حالة غير مؤجلة إلا إذا رضى ولى الدم بالتأجيل فيكون التأجيل مرجعه الاتفاق وحجتهم أن الدية فى العمد بدل القصاص وهو حال فتكون مثله حالة ولأن فى التأجيل تخفيفاً والعامد لا يستحق التخفيف[٣] .

ويرى أبو حنيفة أن دية العمد تجب مؤجلة لثلاث سنوات كما هو الأمر فى دية الخطأ ويكفى العامد تغليظاً بتثبيت الدية وجعلها فى ماله[٤] .

٢١٣ — **هل تتساوى الديات لكل الأشخاص ؟** تختلف الديات لسببين أولهما: الجنس ، وثانيهما: التكافؤ والأول متفق عليه والثانى مختلف فيه وفيما عدا

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٩٩ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ٢١٠ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .
(٣) شرح الدردير ص ٢٥٠ ، المغنى ج ٩ ص ٤٨٩ ، نهاية المحتاج ص ٣٠٠ .
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٧ .

هذين السببين فلا اختلاف فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ودية المريض كدية الصحيح ودية المتعلم كدية الجاهل ودية الشريف كدية الوضيع.

٢١٤ - الجنس : اتفق الفقهاء على أن دية المرأة فى القتل نصف دية الرجل أخذاً بما نسبه الرسول حيث كتب فى كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد أجمع الصحابة على هذا فيروى عن عمر وعلى وعثمان وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أنهم قالوا : إن دية المرأة على النصف من دية الرجل ولم ينقل أن أحداً أنكر عليهم فيكون إجماعاً ولأن المرأة فى ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل فكذلك فى ديتها[1].

٢١٥ - التكافؤ : أساس التكافؤ عند من يقول به من فقهاء الشريعة الحرية والإسلام فإذا تكافأ الأشخاص فقد تساوت دياتهم ولا عبرة بما بينهم من اختلافات طبيعية أو غير طبيعية ولقد ألغى الرق من العالم فلا محل للكلام على الحرية ولكننا نستطيع أن نلخص رأى الفقهاء فى ذلك فنقول : إنهم كانوا يجعلون دية الرقيق قيمته التى يساويها وقت القتل فإن كانت أكثر من دية حر فهى ديته وإن كانت أقل فهى ديته

أما الإسلام فلا يراه أبو حنيفة مانعاً من التكافؤ لأن أساس التكافؤ عنده الحرية فقط ومن ثم فدية المسلم عنده تساوى دية غير المسلم سواء كان كتابياً أو غير كتابى كالمجوسى وعابد الوثن أو الشمس وحجة أبى حنيفة أن الله تعالى قال ﴿ فإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فديةٌ مسلمةٌ إلى أهله ﴾ فأطلق القول فى الدية فى جميع أنواع القتل من غير فصل فدل أن الواجب فى الكل على قدر واحد كذلك فإن الرسول عليه السلام جعل دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وروى أن عمرو بن أمية الضمرى قتل منافقين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، المغنى ج ٩ ص ٥٣١ ، المهذب ج ٢ ص ٢١١ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ .

فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهرى أنه قال: قضى أبو بكر وعمر فى دية الذمى بمثل دية المسلم وروى عن ابن مسعود أنه قال : دية أهل الكتاب مثل دية المسلمين ثم إن وجوب كمال الدية أساسه كمال حال القتيل فما رجع إلى أحكام الدنيا وهى الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد كل هذا أما الكفر فلا يؤثر فى أحكام الدنيا[1] .

ويرى مالك والشافعى وأحمد أن دية الكتابى على النصف من دية المسلم وأن دية نسائهم على النصف من دياتهم وحجتهم مارواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله عليه السلام قال: « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفى لفظ آخر عقل الكتابى نصف عقل المسلم ويرى أحمد وحده أن المسلم إذا قتل ذمياً تضاعف عليه الدية فتكون دية الذمى دية كاملة وحجته أن عثمان قضى بهذا فى رجل قتل رجلا من أهل الذمة .

ودية المجوس عند الأئمة الثلاثة ثمانمائة درهم ونساؤهم على النصف من دياتهم وعبدة الأوثان ومن لا كتاب له فيلحقون بالمجوسيين[2] وحجتهم أن بعض الصحابة قضى بهذا وأن المجوس ومن لا كتاب له أنقص مرتبة من الكتابى لنقصان دينه .

ونظرية أبى حنيفة فى التسوية بين الأشخاص دون نظر إلى أديانهم متفق مع الاتجاهات الحديثة من التشريعات الوضعية الحديثة فهى تسوى بين الأشخاص ولو اختلفت أديانهم فى المسائل التى لا تبنى على الدين والمتعلقة بالدنيا .

ثانياً : التعزير :

٢١٦ ـ يعتبر التعزير عقوبة بدلية فى القتل العمد ويوجب مالك أن يعاقب القاتل تعزيراً كلما امتنع القصاص أو سقط عنه لسبب من الأسباب فيما عدا سقوطه بالموت طبعا وسواء بقيت الدية أم سقطت هى الأخرى ويرى أن

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨، المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ وما بعدها، المهذب ج ٢ ص ٢١١

تـكون العقوبة الحبس لمدة سنة والجلد مائة جلدة[١] .

ولا يرى باقى الأئمة هذا ويقولون : إن هذا حق الله تعالى أى حق للجماعة بعد سقوط القصاص وهى تأديب القاتل يرجع نفعه للناس كافة ونقل ابن رشد عن أبى ثور أن القاتل إذا كان معروفاً بالشر وسقط القصاص عنه بسبب عفو ولى الدم فإن الإمام يؤدبه على قدر مايرى . والأئمة الثلاثة لا يوجبون عقوبة معينة على القاتل إذا سقط القصاص أو عفى عنه ولـكن ليس عندهم مايمنع من عقاب القاتل عقوبة تعزيرية بالقدر الذى تراه الهيئة التشريعية صالحا لتأديبه وزجر غيره ويلاحظ الفرق الظاهر بين عقوبة التعزير التى تحل محـــل القصاص وبين عقوبة التعزير على جرائم الشروع فى القتل الخائبة . فالعقوبة فى الحالة الأولى بدلية وفى الحالة الثانية أصلية . كذلك هناك فرق بين عقوبة التعزير التى توقع على الشركاء وبين العقوبة فى الحالة الأولى فعقوبة الشركاء أصلية لأن الشريعة لا تعاقب الشركاء بالقصاص ولا الدية وإنما تعاقبهم بالتعزير عدا مايراه مالك فى حالة الاشتراك بالمساعدة أما عقوبة التعزير فى الحالة الأولى فهى بدلية ولو أنها واقعة على الفاعل الأصلى .

وليس فى الشريعة مايمنع أن تـكون عقوبة التعزير فى جريمة القتل الإعدام أو الحبس مدى الحياة .

ثالثا ـ الصيام :

٢١٧ ـ الصيام عقوبة بدلية لعقوبة الـكفارة الأصلية وهى العتق ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه وإن لم يجد وجب عليه الصيام .

٢١٨ ـ ومدة الصوم شهران ويشترط فى الصيام أن يكون متتابعا فإذا كان متفرقا لم يجزىء وتحتسب المدة بالأهلة إذا صام من أول الشهر ولو

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

كان أحد الشهرين ناقصاً فإذا صام من وسط الشهر تحتسب المدة بالأيام باعتبار الشهر ثلاثين يوماً[١] .

٢١٩ ـ وإذا لم يستطع الصوم لمرض أو كبر فيرى مالك وأبو حنيفة و بعض فقهاء مذهبي الشافعى وأحمد أن الصوم يثبت فى ذمته وليس عليه شيء آخر بدلا من الصوم ويرى بعض فقهاء مذهبي الشافعى وأحمد أن عليه إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظهار فقد نص فيها على العتق وعلى الصيام ثم الإطعام عند العجز عن العتق والصيام[٢] .

٢٢٠ ـ ولا يجب الصيام أصلا إلا على بالغ عاقل[٣] وترتب على هذا أن الصيام يجب تأخيره لحين البلوغ أو الإفاقة عند من يقول بأن الكفارة واجبة على الصبى والمجنون .

العقوبات التبعية للقتل العمد

٢٢١ ـ العقوبات التبعية للقتل عقوبتان : الأولى : الحرمان من الميراث الثانية : الحرمان من الوصية .

« أولا » الحرمان من الميراث

٢٢٢ ـ الأصل فى ذلك قوله عليه السلام: «ليس للقاتل شيء من الميراث وليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة » .

وقد اختلف الفقهاء فى تطبيق النص اختلافاً كبيراً بحيث لايتفق مذهبان فى هذه المسألة .

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٢٧ ، مجمع الأنهر ج ١ ص ٤٢٦ : المهذب ج٢ ص١٢٩ الإقناع ج ٤ ص ٩٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، البحر الرائق ج٨ ص ٣٢٩ . المهذب ج٢ ص٢٣٤ المغنى ج ١٠ ص ٤١ .

(٣) مجمع الأنهر ج ١ ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ج ٢ ص ٣٩٥ والمهذب ج١ ص١٨٩

٢٢٣ - فالإمام يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد سواء كان القتل مباشرة أو تسببا وسواء اقتص من القاتل أو درىء عند القصاص بسبب ما .

ويلاحظ أن القتل العمد عند مالك يشمل القتل شبه العمد أيضاً لأنه يقسم القتل إلى عمد وخطأ . أما القتل الخطأ عند مالك : فلا يحرم القاتل من ميراث المقتول وإنما يحرمه فقط من الدية التى وجبت بالقتل واختلف فى مذهب مالك فى الصغير والمجنون إذا قتلا عمدا هل يمنعان من الميراث أم لا ؟ فرأى البعض أن لا يمنعا من الميراث لأن عمدهما كخطئهما ، ورأى البعض حرمانها من الميراث وهو الراجح فى المذهب .

وإذا كان القتل عمداً ولكنه غيرعدوان فلا يحرم من الميراث كالقتل دفاعا عن النفس فمن قتل ولده دفاعاً عن نفسه يرث ولده والحاكم الذى ينفذ القصاص أو الحد على ولده يرثه[1] .

٢٢٤ - ويرى أبو حنيفة : أن القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ . كل هذه الأنواع من القتل تحرم القاتل من الميراث بشروط :

أولها : أن يكون القتل مباشراً فإن كان القتل بالتسبب فلا حرمان من الميراث ، ولو كان القتل عمداً .

وثانيها : أن يكون القاتل بالغاً عاقلا ، فإن كان صغيراً أومجنونا فلاحرمان.

وثالثها . أن يكون القتل فى العمد وشبه العمد عدوانا، فإن كان بحق كالقتل دفاعا عن النفس فلا يكون القتل مانعاً من الميراث[2] .

٢٢٥ - واختلف أصحاب الشافعى : فنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا لأنه

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .
(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ - ٥٠٠ .

قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث لأنه قتل بحق .
ومنهم من قال : – إن كان متهماً باستعجال الميراث حـــرم من الميراث كما فى القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم فى الزنا على أساس البينة على مورثه فإنه يحرم لأنه متهم فى قتله لاستعجال الميراث ، وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان لو حكم عليه فى الزنا بإقراره .

والرأى الراجح فى المذهب غير هذين : وهو أن القاتل يحرم من الإرث فى كل حال سواء كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسببا ، وسواء كان القتل بحق أو بغير حق وسواء كان القاتل بالغاً عاقلا أو صغيراً مجنونا ، وأصحاب هذا الرأى يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع المورث من استعجال الميراث[١] .

٢٢٦ – ويرى أحمد : أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ وسواء كان مباشرة أو تسببا ، وسواء كان من صغير أو مجنون أو من بالغ عاقل ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث كالقتل دفاعاً عن النفس والقتل قصاصا . ويعللون حرمان الصبى والمجنون من الميراث مع أن كليهما ليس أهلا بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم لـكنه لم يعاقب عليه عقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتنـــاع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الميراث ، بل إن الاحتياط يقتضى المنع من الميراث صونا للدماء[٢] .

«ثانياً» الحرمان من الوصية

٢٢٧ – الأصل فى الحرمان من الوصية قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » ، « ليس لقاتل شىء » وذكره « الشىء » نـكرة فى محل النفى يعم الميراث والوصية جميعا .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦ .

(٢) الإقناع ج ٣ ص ١٢٣ وراجع أحكام المرأة ص ٥٨٦ وما بعدها بمجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

وقد اختلف الفقهاء فى تفسير هذين النصين وتطبيقهما :

٢٢٨ ـ فنى مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والخطأ كما فرقوا فى الميراث ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سبباً للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له فى المال ولو لم يكن المقتول عالماً بأنه هو قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية فى المال وفى الدية .

ولـكنهم اختلفوا فى القتل العمد. فرأى بعضهم أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم بأنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح فى المال ولا تصح فى الدية لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت . وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتـكاب جريمة العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية .

ويرى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمداً سواء علم الوصى بأنه قاتله أو لم يعلم ويستوى عند أصحاب هذا الرأى أن تـكون الوصيـة قبل القتل أو بعده فهى صحيحة فى الحالين[١] .

٢٢٩ ـ ويرى أبو حنيفة حرمان القـاتل من الوصية فى القتل العمد العدوانى وشبه العمد العدوانى والخطأ وما جرى مجرى الخطأ بشرط أن يكون القتل مباشراً لا قتلاً بالتسبب وأن يكون القاتل بالغاً عاقلاً فإن كان القتل بالتسبب أو كان القاتل صغيراً أو مجنوناً أو كان القتل ليس عدوانا فلا يحرم القـاتل من الوصية[٢] ، ويرى أبو حنيفة ومحمد أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح للقاتل ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة والقتل لا ينعدم بإجازة الورثة .

٢٣٠ ـ وفى مذهب الشافعى وأحمـد نظريتان : أما الأولى : فيرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٦٨ شرح الدردير ص ٣٧٩ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠ .

فريقين : فريق يرى أن الوصية لاتصح ولو أجازها الورثة لأن المانع من الوصية هو القتل لامصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغى أن تتوفر فيها شروط الهبة ، وفريق آخر يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

والنظرية الثانية يرى أصحابها أن الوصية صحيحة فى كل حال للقاتل دون حاجة لإجازة الورثة .

عقوبات القتل شبه العمد

٢٣١ ـ العقوبات على القتل شبه العمد منها ماهو أصلى : وهو الدية والكفارة ، ومنها ماهو بدل : وهو التعزير والصيام ، ومنها ماهو تبعى : وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

العقوبات الأصلية

أولا ــ الدية

٢٣٢ ـ الدية: هى العقوبة الأصلية الأساسية للقتل شبه العمد والأصل فيها قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

وتعتبر الدية فى شبه العمدعقوبة أصلية لأنها ليست بدلامن عقوبة أخرى ، ولأنها العقوبة الأساسية لهذا النوع من القتل ، ولكن الدية فى القتل العمد تعتبر عقوبة بدلية لا أصلية لأنها بدل من عقوبة القصاص وهى العقوبة الأصلية للقتل العمد .

٢٣٣ ـ الأجناس التى تجب فيها دية القتل شبه العمد : تجب دية القتل شبه العمدفى نفس الأجناس التى تجب فيها الدية فى القتل العمد . فهى عند الشافعى تجب فى الإبل وحدها ، وعند مالك وأبى حنيفة تجب فى ثلاثة أجناس هى : الإبل والذهب والفضة وعند أحمد وأبى يوسف ومحمد تجب فى ستة أجناس هى: الإبل والذهب والفضة والشعيروالغنم والحلل .

وقد بينا أسباب هذا الخلاف وسند كل فريق وأهمية هذا الخلاف وما قلناه عن هذا كله فى دية القتل العمد يغنى عن إعادته هنا[١] .

٢٣٤ ـ **مقدار الواجب من كل جنس** : المقدار الواجب من كل جنس فى دية شبه العمد هو نفس المقدار الواجب فى دية القتل العمد وقد سبق أن ذكرنا ما فيه الكفاية بمناسبة الكلام عن دية القتل العمد[٢] .

٢٣٥ ـ **هل تتساوى الديات لكل الأشخاص ؟** تختلف الديات لسببين أولهما : الجنس وثانيهما : التكافؤ ، والأول متفق عليه والثانى مختلف فيه وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه الكفاية فى الفقرة « ٢١٢ » وما قيل هناك هو ما يمكن أن يقال هنا .

٢٣٦ ـ **أوصاف الإبل فى دية شبه العمد** : هى نفس أوصافها فى دية العمد على الخلاف والوفاق الذى سبق ذكره هناك مع ملاحظة أن شبه العمد يدخل فى العمد عند مالك إلا ما كان على وجه اللعب أو التأديب لأن القتل عنده إما عمد و إما خطأ .

٢٣٧ ـ **هل تغلظ الدية فى شبه العمد** : لا يرى التغليظ فى شبه العمد إلا أحمد للأسباب التى بيناها عند الكلام على التغليظ فى دية العمد وصفة التغليظ وكيفيته هناك هي صفته وكيفيته هنا . ومن يقول من المالكية بشبه العمد يرى أن الدية تغلظ فى شبه العمد وهو ضرب المؤدب والأب ولده والأم والأجداد وفعل الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعاً ، وقيل : اللطمة والوكزة والرمية والحجر والضرب بعصاة متعمداً فهذا شبه العمد وتكون فيه دية مغلظة على الجانى وليست على العاقلة[٣] والرأى المشهور فى مذهب مالك أنه لا يعرف شبه العمد .

---

(١) راجع الفقرة ٢٠٦ .

(٢) راجع الفقرة ٢٠٧ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٦ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٧ .

٢٣٨ - على من تجب دية شبه العمد ؟ : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد وهم القائلون بالقتل شبه العمد أن دية شبه العمد تجب على العاقلة وليست فى مال الجانى ، ويخالفهم فى هذا ابن سيرين والزهرى والحارث العكلى وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وأبو بكر الأصم ، ويرون أن دية القتل شبه العمد على القاتل فى ماله لأنها موجب فعله الذى تعمده فلا تحمله عنه العاقلة كما هو الحال فى العمد المحض ، وهذا هو مقتضى مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده فى حكم العمد ، وهو يجعل الدية فى العمد فى مال القاتل ، فكأن مايعتبر شبه عمد عند مالك إذا وجبت فيه الدية وجبت فى مال القاتل لا فى مال العاقلة[1] .

وحجة القائلين بتحميل الدية العاقلة مارواه أبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها ومافى بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها أى على عاقلة الجانية » ويقولون إن القتل العمد يختلف عن القتل شبه العمد ففى الأول يقصد الجانى الفعل ويقصد القتل فغلظ على الجانى من كل وجه ، أما فى الثانى فيقصد الجانى الفعل ولا يقصد القتل ، فغلظ عليه من وجه حيث جعلت عليه الدية مغلظة كما هو الحال فى دية العمد ، وخففت عليه من وجه لأنه لا يقصد القتل وجعلت الدية على العاقلة كما هو الحال فى القتل الخطأ .

هل تجب الدية على الجانى ابتداء أم على العاقلة ؟ اختلفوا فى التصوير القانونى لتحميل الدية ففى مذهب الشافعى وأحمد أنها تجب على العاقلة ابتداء ولا تجب على الجانى لأنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ورضاهم بها ، فهم ملزمون رضوا أم لم يرضوا ولا تجب على غيرهم ، والأرجح فى المذهب أنها تجب ابتداء على الجانى لأنه هو الذى ارتكب الجناية ثم تنتقل منه إلى العاقلة تخفيفاً عنه ومناصرة له ولأن حفظ القاتل فى الواقع واجب على عاقلته فإذا لم يحفظوه فقد فرطوا ، وهذا التفريط يقتضى منهم أن يتحملوا بعض نتائج ذنبه خصوصا وأن القاتل بقتل بظهر عشيرته ، فكانوا كالمشاركين له فى القتل ، وعلى هذا الرأى أبو حنيفة ومالك[2] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٥ ، المغنى جـ ٩ ص ٤٩١ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٥ ، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٥٠ ، المغنى ص ٥٢٥ - ٥٢٦

وتظهر نتيجة الفرق بين الرأيين إذا لم يكن للجانى عاقلة ، أوكان له ولـكنها لا تستطيع حمل الدية ، فإن أخذنا بالرأى الأول وجب ألا يرجع على الجانى بالدية، وإن أخذنا بالرأى الثانى وجب أن يرجع عليه بها لأنه هو الجانى المسؤول عن الدية أصلاً[١] .

٢٣٩ - *متى تؤدى دية شبه العمد* : من المتفق عليه بين الأئمة الثلاثة أن دية شبه العمد ليست حالة وأنها تجب مؤجلة فى ثلاث سنوات ، فيؤدى فى آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر بدء السنة عند الشافعى وأحمد من اليوم الذى تجب فيه الدية وهو يوم الموت ويرى أبو حنيفة أن السنة تبدأ من يوم الحـكم بالدية لا من يوم الموت. وهذا هو ما يراه مالك فى دية الخطأ[٢] .

وإذا كان الواجب دية واحدة فإنها تقسم فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها ، فإذا كان الواجب على شخص واحد أكثر من دية كأن قتل شخصين مثلا فعليه لـكل واحد منهما ثلث الدية فى كل سنة لأن لـكل واحد منهما دية مستقلة فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه ، ولو وجبت الدية على عواقل كثيرة فإذا قتل عشرة مثلاً شخصا وجبت الدية على عواقلهم وقسط نصيب كل عاقلة على ثلاث سنوات وفى الدية الناقصة كدية المرأة وجهان : أحدهما : أنها تقسم فى ثلاث سنين لأنها بدل النفس فأشبهت الدية الـكاملة فتأخذ حكمها . وثانيهما : الدية الناقصة يجب فيها فى العام الأول قدر ثلث الدية الـكاملة وباقيها فى العام الثانى ، والوجه الأول يقول به بعض الفقهاء فى مذهبى الشافعى وأحمد[٣] والثانى مذهب أبى حنيفة ويقول به بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد ويرى مالك التأجيل على ثلاث سنوات فى الدية الـكاملة أما الدية الناقصة ففيها آراء مختلفة منها أنها حالة ومنها أنها تؤجل على أن ما يدفع لا يقل عن ثلث الدية الـكاملة[٤] .

---

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٣٤ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٢ ، ٤٩٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ .

وإذا وجبت الدية بالصلح فهى حالة فى مال الجانى مالم يكن هناك شرط بتأجيلها ، وإذا وجبت بإقرار الجانى فيرى أبو حنيفة أنها تجب مؤجلة ويرى أحمد أنها تجب حالّة وهو رأى الشافعى ومالك[1] .

٢٤٠ - هل تحمل العاقلة كل الدية فى القتل شبه العمد ؟ يرى أحمد أن العاقلة لا تحمل مادون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليها حملته العاقلة وحجته ماروى عن عمر أنه قضى فى الدية أن لا يحمل منها شىء حتى تبلغ عقل المأمومة « وعقل المأمومة ثلث الدية » ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجانى لأنه موجب جنايته وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر الجنايات والمتلفات ،وإنماخولف فى الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجانى لكونه كثيرا يجحف به[2]

ويرى أبو حنيفة أن العاقلة لا تحمل مادون نصف عشر الدية الكاملة ويحمله الجانى فإن بلغ نصف عشر الدية حملته العاقلة وحجته ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تعقل العاقلة عمدا -إلى قوله - ولا مادون أرش الموضحة » . « أرش الموضحة نصف عشر الدية الكاملة »[3] .

ويرى الشافعى أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو كثر من الدية لأن ما ألزم بالكثير ألزم بالقليل من باب أولى[4] .

ويرى مالك أن الدية إذا بلغت ثلث دية المجنى عليه أو الجانى حملتها العاقلة فإذا كانت دون الثلث فهى على الجانى وحده[5] وفى المذهب رأى بأن العاقلة لا تحمل إلا مازاد على الثلث ومقتضى هذا الرأى أن الثلث يحمله الجانى ، وينظر فى هذا إلى مصلحة الجانى فإن كانت ديته أقل اعتبرت دون دية المجنى عليه فلو جنى مسلم على مجوسية مايبلغ ثلث ديتها أو ثلث ديته حملته عاقلته ، ولو جنى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ - ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٥٠٤ - ٥٠٦ .
(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .
(٣) بدائع الصنائع ص ٢٥٥ .
(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

مجوس أو مجوسية على مسلم مايبلغ ثلث دية الجانى حملته العاقلة ولو كان أقل من ثلث دية المجنى عليه ، ويجعل مالك وأحمد مالا تحمله العاقلة حالاً لا مؤجلا أما أبو حنيفة فالديات كلها مؤجلة عنده(١) .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى أبو حنيفة ومالك أن يتحمل الجانى من الدية ما يحمله أفراد العاقلة ، أما الشافعى وأحمد فيريان أن لا يحمل الجانى شيئاً . ويرى مالك أن يتحمل الجانى مع العاقلة وتظهر أهمية هذه الآراء المختلفة إذا ما أخذنا بالرأى القائل بأن الديات تتفاوت بحسب الدين فإن دية المجوسى وعابد الوثن أقل من ثلث الدية فلا تحملها عنه العاقلة طبقاً لرأى أحمد وهى أكثر من نصف العشر لأنها ١/١٥ من الدية فتحملها الدية طبقاً لرأى أبى حنيفة والمرأة المجوسية ديتهـا تبلغ ١/٣٠ فلا تحملها العاقلة فى رأى أبى حنيفة وأحمد ولـكن تحملها طبقاً لرأى الشافعى والـكتابية ديتها ١/٤ الدية الـكاملة فلا تحملها العاقلة طبقاً لرأى أحمد وتحملها طبقاً لرأى أبى حنيفة والشافعى .

٢٤١ - هل تحمل العاقلة الديات عن الإمام والحاكم ؟ من المتفق عليه أن مايجب على الإمام والحاكم فى غير الحـكم والاجتهاد فهو على العاقلة إذا كان مما تحمله العاقلة ، أما ماوجب عليه بسبب الحـكم والاجتهاد ففيه نظريتان فى مذهب الشافعى وأحمد : الأولى : أنه على عاقلته لما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلى :عزمت عليك لا تبرح حتى تقتسمها أى الدية على قومك . ولأن الحاكم جان فـكان خطؤه على عاقلته كغيره .

الثانية : أنه فى بيت المال لأن الخطأ يكثر فى أحكامه واجتهاده فإيجاب العقل على عاقلته يجحف بهم ولأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان

---

(١) بدائع الصنائع ص ٢٥٧ ، المغنى ج ٩ ص ٤٩٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥ .

أرش جنايته فى مال الله . وأبو حنيفة من القائلين بالوجه الثانى[١] ومالك من القائلين بالوجه الأول .

٣٤٢ ـ العاقلة : العاقلة من يحمل العقل وسميت عقلا وهى الدية لأنها تعقل لسان ولى المقتول وقيل : إنها سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع ، ولا خلاف فى أن العاقلة هم العصبات وأن غيرهم كالإخوة لأم وسائر ذوى الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة .

مذهب الشافعى أن الأب والجد والابن وابن الابن لا يدخلون فى العاقلة وهو رأى أحمد وحجته مارواه أبو هريرة عن الرسول عليه السلام قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها . وفى رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبى ميراثها لبنيها والعقل على العصبة وإذا ثبت هذا فى الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه فى معناه ومساوٍ له فى العصبة ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له والدية جعلت على العاقلة إبقاء على القاتل وتخفيفاً له فلو جعلناها على الأب والابن أجحفنا به لأن مالهما كماله[٢] .

ومذهب مالك وأبى حنيفة وهو رأى لأحمد : أن الآباء والأبناء من العاقلة لأن العقل أساسه التناصر وهم من أهله ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب وآباؤه وأبناؤه أقرب الناس إليه فكانوا أولى بتحمل عقله . ولأن الرسول قضى كما روى عمرو بن شعيب بأن عقل المرأة بين عصبتها [من كانوا لا يرثون شيئاً إلا مافضل عن ورثتها] وإن قتلت فعقلها بين ورثتها[٣]

ويدخل فى العاقلة سائر العصبات مهما بعدوا لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥١٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٧ ، المدونة ج ١٦ ص ٨٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ ، المغنى ج ٩ ص ٥١٥ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع ص ٢٥٦ ، المغنى ج ٩ ص ٥١٥

يكن وارث أقرب منهم ولا يشترط أن يكونوا وارثين فى المال بل متى **كانوا** يرثون لولا الحجب عقلوا .

وقد كان العقل قبل خلافة عمر رضى الله عنه بالتعصيب فلما وضع الديوان العقل على أهل ديوان القاتل ، وهم المقاتلة من الرجال البالغين ، ومن ثم يرى أبو حنيفة أن عاقلة الشخص أهل ديوانه ولـكنه يقول: إن العاقلة هى العصبة إذا لم يوجد الديوان ، واليوم لا ديوان فالعاقلة دون شك هى العصبة ، ويرى مالك أن العاقلة هى العصبة ولـكنه يجعل أهل الديوان مع العصبة ويبدأ بهم فى تقسيم الدية ، أما الشافعى وأحمد فلا يريان أهل الديوان من العصبة .

ويشترك فى العقل الحاضر والغائب من العصبة طبقا لرأى أبى حنيفة وأحمد لأن الغائبين استووا مع الحاضرين فى التعصيب والإرث فاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين ولأنه معنى تعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب ، ويرى مالك أن يخص العقل بالحاضر فقط لأن التحمل أساسه التناصر وهو بين الحاضر وبعض الفقهاء فى مذهب الشافعى يأخذون بالأول والبعض يأخذون بالرأى الثانى [١]

وتقسم الدية على العاقلة مع مراعاة الأقرب فالأقرب ولا يُحمَّل العقل إلا من يُعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ومن لا يعرف منه ذلك لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لا يلزم قريشاً كلهم التحمل فإن قريشاً وإن كانوا كلهم يرجعون لأب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون لأب يتميزون به فيعقل عنهـــم من يشاركهم فى نسبهم إلى الأب الأدنى [٢] .

ولا تـكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجانى والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجانى بما يشق على غيره ويجحف به ولو كان الإجحاف مشروعا كان الجانى أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإن لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٠٠ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ ، المغنى ج ٩ ص ٥١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٣٠

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥١٩

واختلف الفقهاء فى مقدار ما يحمله كل فرد فقال مالك وأحمد : يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه ، وفى مذهب مالك رأى يفرض ربع دينار على كل شخص ، وفى مذهب أحمد رأى آخر يفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعى ، ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة ، كما يرى التسوية بين الغنى والمتوسط[1] ، والقائلون بنصف دينار وربعه اختلفوا فبعضهم يرى هذا القدر هو الواجب فى السنوات الثلاث والبعض يراه الواجب سنويا.

والمفروض أن الدية تقسم على ثلاث سنوات فالمبلغ المقدر على كل فرد هو أقصى القسط السنوى يجب عليه فى آخر السنة ومن مات أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شىء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف ، ولأن المرأة والصبى والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجانى عاقلة أصلاً ، أو كان له عاقلة فقيرة ، أو عددها صغير لاتحمل كل الدية ، فهناك نظريتان :

الأولى : يرى أصحابها أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم يكن عاقلة أو كانت فقيرة أخذت الدية من بيت المال ، وإن كانت عاقلة لاتحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال ، ويرى بعض أصحاب هذا الرأى أن مايجب على بيت المال يدفع فوراً ، لأن التأجيل للعاقلة قصد به التخفيف ولا حاجة للتخفيف إذا قام مقامها بيت المال ، ويرى البعض أن الواجب يقسط على ثلاث سنوات على حسب المستحق على العاقلة وأصحاب هذه النظرية مالك والشافعى وهى ظاهر مذهب أبى حنيفة والراجح فى مذهب أحمد .

الثانية : ويرى أصحابها أن الدية تجب فى مال القاتل لا على بيت المال ، لأن الأصل أن القاتل هو المسؤول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف ، فإذا لم تكن عاقلة يرد الأمر لأصله ، كذلك فإنه فى بيت المال حقوقاً

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ ، والمغنى ج ٩ ص ٥٢٠ ، مواهب الجليل ص ٢٦٧ المهذب ج ٢ ص ٢٣٠ .

للنساء والصبيان والمجانين والفقراء وهؤلاء لا عقل عليهم فلا يجوز صرف ما يستحقونه فيما لا يجب عليهم ، وهذه النظرية رواية عن أبي حنيفة لمحمد ورأى في مذهب أحمد[1] .

وإذا لم يمكن الأخذ من بيت المال ، فيرى القائلون بأن الدية تجب ابتداء على العاقلة ، وهم بعض الفقهاء في مذهب الشافعي وأحمد ، بأن الدية تسقط كلها إذا لم تكن عاقلة أو يسقط منها ما لم تحمله العاقلة إذا كان عددها صغيراً ، أما القائلون بأنها تجب على الجاني ابتداء فيرون إلزام الجاني بها أو بما بقي منها .

وإذا أخذنا بالرأي القائل بأن الغني يدفع نصف دينار سنويا والمتوسط يدفع ربع دينار وافترضنا أن الفقراء ضعف عـــدد الأغنياء ومتوسطي الحال وأن متوسطي الحال ضعف الأغنياء وأن النساء والصبيان ضعف عدد الرجال فإنه يجب ألا يقل عدد أفراد العاقلة عن تسعة آلاف نفس . وإذا طبقنا هذا على مايقول به أبو حنيفة من تحمل الشخص أربعة دراهم ، وجب أن يصل أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

وفي مذهب مالك يرى بعضهم أن أقل ماتوزع عليهم الدية سبعمائة شخص ويرى البعض أن أقلهم ألف ، وإذا أخذنا بالفروض السابقة ، وصل عدد أفراد العاقلة إلى عشرة آلاف نفس .

٢٤٣ - أهمية نظام العاقلة : بينا في الجزء الأول أهمية نظام العاقلة وتحملها الدية ودللنا على أنه نظام عادل وإن كان يلوح في ظاهر الأمر أنه يحمل الإنسان وزر غيره وقلنا إننا لو أخذنا بالقاعدة العامة فيحمل كل مخطىء وزره لكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ولا متنع تنفيذها على الفقراء وهم الكثرة ، ويتبع هذا أن يحصل أولياء المجني عليه أو هو نفسه على الدية كاملة إذا كان الجاني غنياً وعلى بعضها إذا كان متوسط الحال أما إذا كان الجاني فقيراً

---

(١) مواهب الجليل جـ ٧ ص ٢٦٦ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٥٦ المغني جـ ٩ ص ٥٢٤ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٢٨ .

وهو كذلك فى أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شيء وهكذا تنعدم المساواة والعدالة بين المتهمين كما تنعدم بين المجنى عليهم وقلنا إن هذا النظام قصد به أن يحصل المجنى عليهم على حقهم كاملا وأنه يحقق العدالة والمساواة على جميع الوجوه وقلنا أكثر من ذلك فليراجعه من شاء .

لكن هذا النظام على ما فيه من عدالة وتسوية بين المتهمين والمجنى عليهم لا يمكن أن يقوم فى عهدنا الحاضر لأن أساسه وجود العاقلة ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود الآن إلا فى النادر الذى لا حكم له وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا تتحمل أن يفرض عليها كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم أما الآن فلا شيء من هذا بحيث يندر أن تجد شخصاً يعرف جده الثالث وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين اللذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، إما الرجوع على المجنى عليه بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال ، والرجوع على المجنى عليه يؤدى إلى إهدار دماء أكثر المجنى عليهم لأن أكثر المتهمين فقراء وهذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التى تقوم على حفظ الدماء وحياطتها وعدم إهدارها ، والرجوع إلى بيت المال يرهق الخزانة العامة ولكنه يحقق المساواة والعدالة ويحقق أغراض الشريعة ، والخوف من إرهاق الخزانة لا يجب أن يقف حائلا دون تحقيق المساواة والعدالة ولا يصح أن يحول دون تحقيق أغراض الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تدبر أمرها بفرض ضريبة عامة يخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تفرض ضريبة خاصة على المتقاضين لهذا الغرض وإذا كانت الحكومات العصرية تلزم نفسها بإعانة الفقراء أو العاطلين ، فأولى أن تلزم نفسها بتعويض ورثة القتيل المكوبين ، ولقد سبقتنا بعض البلاد الأوربية إلى هذا العمل . فأنشأت صندوقاً لتعويض المجنى عليهم فى الجرائم ، إيراده المبالغ المتحصلة من الغرامات التى تحكم بها المحاكم ، وهذا هو بالذات ما قصدته الشريعة الإسلامية من نظام

العاقلة ، فنظام العاقلة يقوم اليوم فى (بعض)[1](وهى من) البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا أن نقيمه بيننا على الوجه الذى يتلاءم مع ظروفنا وحالاتنا .

ثانيا — الكفارة

٢٤٤ ـ تجب الكفارة عقوبة أصلية على القتل شبه العمد مع الدية وقد سبق أن تكلمنا عن الكفارة بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وماقلناه هناك يغنى الاطلاع عليه عن إعادته هنا .

العقوبات البدلية

٢٤٥ ـ **العقوبات البدلية فى القتل شبه العمد هى** : أولا ـ التعزير بدلا من الدية . ثانيا ـ الصيام بدلاً من الكفارة وهى عتق الرقبة أو التصدق بقيمتها وقد استوفينا الكلام عن التعزير والصيام بمناسبة عقوبات القتل العمد وما قلناه هناك يغنى عن إعادته هنا .

العقوبات التبعية

٢٤٦ ـ **العقوبات التبعية فى القتل شبه العمد هى** : أولا ـ الحرمان من الميراث . ثانيا ـ الحرمان من الوصية وقد استوفينا الكلام عليهما فى باب القتل العمد ومن ثم فليس مايدعو لتكرار القول .

عقوبات القتل الخطأ

٢٤٧ ـ عقوبات القتل الخطأ منهـا ما هو أصلى وهو الدية والكفارة ومنها ما هو بدل وهو التعزير والصيام ومنها ما هو تبعى وهو الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية .

---

(١) هكذا فى الأصل ونظن أنها اسم بلد لم يتحقق من اسمه .

العقوبات الأصلية

أولا — الدية

٢٤٨ - هى عقوبة أصلية وليست بدلاً من عقوبة أخرى لأن عقوبة الخطأ روعى فى تقديرها انعدام قصد الجانى فاكتفى بتقدير الدية عليه ومقدارها هو نفس مقدار الدية فى العمد وشبه العمد أى مائة من الإبل .

٢٤٩ - وتجب دية القتل الخطأ مخمسة أى توخذ أخماساً . عشرون بنات مخاض ، وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهذه لأوصاف متفق عليها من الأئمة الأربعة ودليلهم ما روى عبد الله ابن مسعود قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «فى دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض»[1] .

٢٥٠ - ودية الخطأ على العاقلة دون خلاف طبقاً لقضاء الرسول عليه السلام وعلة فرضها على العاقلة ، أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمى كثيرة فإيجابها على الجانى فى ماله مجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عنه إذ انعدام القصد عذر له فى فعله يشفع فى التخفيف عنه .

٢٥١ - ولا خلاف فى أنها مؤجلة فى ثلاث سنين وأساس التأجيل فى الدية هو قضاء الصحابة فقد قضى عمر وعلى بجعل لدية فى القتل الخطأ على العاقلة فى ثلاث سنين ولا مخالف لهما من الصحابة فاتبعهم فى ذلك أهل العلم وعلة التأجيل أنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة .

وما لا تحمله العاقلة يجب حالا عند مالك والشافعى وأحمد ولكن أبا حنيفة يرى التأجيل فيما يجب على العاقلة وما يجب على الجانى .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٩٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٤ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ .

٢٥٢ ـ وإذا كانت العاقلة تحمل الدية وهى عقوبة أصلية أساسية فهل تحمل أيضاً الكفارة وهى عقوبة مالية أصلية أخف بكثير من الدية ؟

يرى الفقهاء أن الكفارة فى مال الجانى وحده ولا تحمل العاقلة عنه شيئاً ولا بيت المال ، ولكن فى مذهب الشافعى رأى بأن بيت المال يتحملها عن الجانى[1]

٢٥٣ ـ ولا يرى مالك وأبو حنيفة التغليظ فى دية الخطأ أما الشافعى وأحمد فيريان التغليظ ولكن بينهما فرقاً هو أن أحمد يرى أن التغليظ فى العمد وشبه العمد والخطأ أما الشافعى فيرى التغليظ فى الخطأ ولعل الشافعى لم ير التغليظ فى العمد وشبه العمد لأنه يوجب الدية فيهما مثلثة أما أحمد فيوجبها مربعة فكأن دية العمد وشبه العمد مغلظة بطبيعتها عند الشافعى ويوجب أحمد التغليظ للقتل فى الحرم ، وللقتل فى الشهور الحرم ، والقتل المحرم . واختلف فى المذهب فى التغليظ لقتل ذى الرحم المحرم فيرى البعض التغليظ لقتله ولا يرى البعض التغليظ ويجوز عند أحمد أن يجمع بين أكثر من سبب من أسباب التغليظ وتغلظ الدية لكل سبب بأن يزاد عليها مقدار الثلث ومن ثم تصل الدية إلى ديتين إذا كان القتل فى الحرم والشهور الحرم شخصاً محرماً[2] أما الشافعى فيرى التغليظ بالقتل فى الحرم وفى الشهور الحرم وبقتل ذى الرحم المحرم واختلفوا فى المذهب فى القتل فى الحرم المدنى فرأى البعض أن القتل فيه سبب للتغليظ ورأى البعض أن القتل فيه ليس سبباً للتغليظ وهو الرأى الراجح فى المذهب ، وصفة التغليظ عند الشافعى هو إيجاب دية العمد بدلا من دية الخطأ فإن قتل ذا رحم محرم مثلا فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة .

٢٥٤ ـ ولا تحمل العاقلة دية القتل العمد سواء درىء القصاص للشبهة أو وجبت الدية بالعفو أو الصلح وهذا متفق عليه بين الأئمة لأن العاقلة حملت فى الخطأ وشبه العمد لانعدام القصد إلى القتل ولعذر الجانى أما العامد فلا عذر له

(١) المغنى جـ ٩ ص ٤٩٨ .

(٢) المغنى جـ ٩ ص ٤٩٩ ومابعدها ، المهذب جـ ٢ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠ .

فى جريمته ومن ثم لا تستحق تخفيفاً ولا معاونة .

٣٥٥ - وإذا جنى الرجل على نفسه خطأ ففيه روايتان : — الأولى — على عاقلته الدية لورثته إذا قتل نفسه . والقائلون بهذا الرأى بعض فقهاء مذهب أحمد وحجتهم : (أن رجلا ساق حمارا فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هى يد من أيدى المسلمين) ويحتجون بأنها ليست إلا جناية خطأ كأى جناية خطأ ديتها على العاقلة ويترتب على هذا الرأى أنه إذا كانت العاقلة هم بعض الورثة لم يجب شىء عليهم لأنه لا يجب للإنسان شىء على نفسه هذا إذا كان ما يجب عليهم من الدية يماثل نصيبه فى الميراث فإن كان أكثر سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد ، وإن كان نصيبه من الدية أقل من نصيبه فى الميراث فله ما بقى .

والرواية الثانية — يرى أصحابها أن الجناية هدر وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى وهو رأى فى مذهب أحمد وحجتهم : أولا : عامر ابن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يعلم أن النبى قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبى عليه السلام . ثانياً : أن وجوب الدية على العاقلة قصد منه مواساة الجانى والتخفيف عنه والجانى هنا هو نفس المجنى عليه فليس إذن ما يدعو للإعانة والمواساة .

وحكم شبه العمد هو حكم الخطأ فى هذه المسألة[1] .

ثانياً — الكفارة

٣٥٦ - تكلمنا فى الكفارة بمناسبة الكلام على القتل العمد وفيما قلناه كفاية .

العقوبات البدلية

٣٥٧ - هى الصيام فقط وقد تكلمنا عليه من قبل ، وليس ثمة تعزير باتفاق الفقهاء فى الخطأ اكتفاء بالعقوبتين الأصليتين وهما الدية والكفارة

(١) المغنى ج ٩ ص ٢٠٩ وما بعدها .

و بالعقوبات التبعية على أنه ليس فى الشريعة ما يمنع أن يقدر الشارع عقوبة تعزيرية فى حالة العفو عن الدية إذا رأى ذلك فى صالح الجماعة .

العقوبات التبعية

٢٥٨ ـ هى الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية وقد فصلنا الكلام عليهما من قبل بمناسبة الكلام على عقوبة القتل العمد وفيما قلناه هناك ما يغنى عن إعادته هنا .

الفصل الثانى

الجناية على ما دون النفس

٢٥٩ ـ يعبر فقهاء الشريعة بالجناية على ما دون النفس عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره فلا يؤدى بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التى يمكن تصورها فيدخل فيه الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك ، ويعبر قانون العقوبات المصرى عن نفس المعنى بالجرح والضرب فقط . وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الجرح والضرب من أنواع الإيذاء مما حمل المحاكم المصرية على التوسع فى تأويل هذا التعبير بما يجعله متفقاً مع اتجاه الشريعة فحكمت محكمة النقض بأن عبارة الضرب والجرح تشمل كل فعل يقع على الجسم ويكون له تأثير ظاهرى أو باطنى . فمن يضغط على عنق إنسان أو يجذبه فيوقعه على الأرض يعد مرتكباً لجريمة الضرب عمداً .

٢٦٠ ـ **الجنايات على ما دون النفس إما عمد أو خطأ** : فالعمد هو ما تعمد فيه الجانى الفعل بقصد العدوان كمن قذف أحداً بحجر بقصد إصابته والخطأ هو ما تعمد فيه الجانى الفعل دون قصد العدوان كمن ألقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فأصاب أحد المارة أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجانى دون قصد منه كمن انقلب على نائم بجواره فكسر ضلوعه

والعمد وإن كان يختلف عن الخطأ فى ماهية الفعل وعقوبته إلا أنهما يتفقان فى كثير من الأحكام. ومن ثم جرى الفقهاء على الجمع بينهما عند شرح أحكامهما فيتكلمون عنهما دفعة واحدة . وإذا كان شراح القوانين يفرقون بين جرائم العمد والخطأ على أساس نوع الجريمة ، ويتكلمون عن كل على حدة . فإن فقهاء الشريعة يجعلون أساس الفرق هو محل الجريمة هل هو النفس أو مادونها . لأن مايقع على النفس يتحدد فى كثير من أحكامه على اختلاف أنواعه كما بينا فيما سبق والجرائم التى تقع على مادون النفس تتحد فى كثير من أحكامها كما سنبين فيما بعد . ثم يفرقون بعد ذلك على أساس نوع الجريمة بين مختلف الجرائم التى تقع على مادون النفس .

٢٦١ - ويقسم الفقهاء الجناية على مادون النفس سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ خمسة أقسام ناظرين فى هذا التقسيم إلى نتيجة فعل الجانى . لأن الجانى فى الجناية على مادون النفس يؤخذ بنتيجة فعله ولو لم يقصد هذه النتيجة بغض النظر عما إذا كانت الجناية عمداً أو خطأ ، وهذه الأقسام هى : أولا : إبانة الأطراف أو ما يجرى مجرى الأطراف ثانياً : إذهاب معانى الأطراف مع بقاء أعيانها . ثالثاً : الشجاج . رابعاً : الجراح . خامساً : مالا يدخل تحت الأقسام الأربعة السابقة :

٢٦٢ - القسم الأول : إبانة الأطراف وما يجرى مجراها

ويقصد من إبانة الأطراف قطعها وقطع مايجرى مجراها ويدخل تحت هذا القسم قطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق أو نتف شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب .

٢٦٣ - القسم الثانى : إذهاب معانى الأطراف مع بقاء أعيانها

ويقصد من ذلك تفويت منفعة العضو مع بقائه قائماً فإذا ذهب العضو ذاته فالفعل من القسم الأول ويدخل تحت هذا القسم تفويت السمع والبصر والشم

والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشى ، و يدخل تحته أيضاً تغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها كما يدخل تحته إذهاب العقل وغيره.

٢٦٤ — القسم الثالث : الشجاج

يقصد بالشجاج جراح الرأس والوجه خاصة أما جراح الجسم فيما عدا الرأس والوجه فتسمى جراحاً وتسمية جراح الجسم بالشجاج غلط ، لأن العرب تفصل بين الشجة و بين مطلق الجراحة ، فتسمى ما كان فى الرأس والوجه شجة وتسمى ما كان فى سائر البدن جراحة .

ويرى أبوحنيفة أن الشجاج لاتكون إلا فى الرأس والوجه فى مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين والذقن دون الخدود ، وباقى الأئمة يرون ما كان فى الرأس والوجه مطلقة شجة .

٢٦٥ — والشجاج عند أبى حنيفة أحد عشر شجة[1] :

١ ــ الخارصة : وهى التى تخرص الجلد أى تشقه ولا يظهر منها الدم .

٢ ــ الدامعة : وهى التى يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع فى العين .

٣ ــ الدامية : وهى التى يسيل منها الدم .

٤ ــ الباضعة : وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه

٥ ــ المتلاحمة : وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة . ويرى محمد : أن المتلاحمة قبل الباضعة وعرفها بأنها التى يتلاحم فيها الدم ويسود .

٦ ــ السمحاق : وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم واسم الجلدة السمحاق فسميت بها الشجة .

٧ ــ الموضحة : وهى التى تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتوضح العظم أى تظهره ولو بقدر مغرز الإبرة .

٨ ــ الهاشمة : وهى التى تهشم العظم أى تكسره .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ .

٩ ـ المنقلة : وهى التى تنقل العظم بعد كسره أى تحوله عن مكانه .

١٠ ـ الآمة : وهى التى تصل إلى أم الدماغ وهى جلدة تحت العظم وفوق الدماغ أى المخ .

١١ ـ الدامغة . وهى التى تخرق تلك الجلدة وتصل إلى الدماغ .

٣٦٦ ـ ويرى مالك أن الشجاج عشرة فقط ويسمى الأول دامية والثانية حارصة والثالثة سمحاقاً والسادسة ملطاة ويحذف مالك الثامنة وهى الهاشمة ويرى أنها تكون فى جراح البدن لافى الرأس والوجه ويتفق فيما عدا ذلك مع أبى حنيفة[1] .

٣٦٧ ـ ويرى الشافعى وأحمد : أن الشجاج عشرة فقط وهما يحذفان الثانية عند أبى حنيفة وهى الدامعة ويعترفان بالعشرة الباقية و يسمى أحمد الدامية بهذا الإسم أو بالبازلة ويسمى الشافعى وأحمد العاشرة بالمأمومة أو بالآمة[2] .

٣٦٨ ـ القسم الرابع . الجراح ، ويقصد بالجراح ما كان فى سائر البدن عدا الرأس والوجه . والجراح نوعان . جائفة وغير جائفة .

فالجائفة . هى التى تصل إلى التجويف الصدرى والبطنى سواء كانت الجراحة فى الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق .

وغير الجائفة مالم تكن كذلك أى التى لاتصل إلى الجوف[3]

٣٦٩ ــ القسم الخامس مالا يدخل تحت الأقسام السابقة :

ويدخل تحت هذا القسم كل اعتداء أو إيذاء لا يؤدى إلى ابانة طرف أو ذهاب معناه ولا يؤدى إلى شجة أو جرح فيدخل تحته كل اعتداء لايترك أثراً أو ترك أثراً لا يعتبر جرحاً ولا شجة .

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٦١٩ ومابعدها

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢١٤ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٨ ، شرح الدردير ج ٤ص ٢٤٨ .

الجناية على مادون النفس عمداً

٢٧٠ ـ الجناية على مادون النفس عمداً هى أن يتعمد الجانى ارتكاب فعل يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته ، وأركان الجريمة اثنان : أولا : فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته. ثانياً : أن يكون الفعل متعمداً

أولا ـ الركن الأول

فعل يقع على جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامته

٢٧١ ـ يشترط لوقوع الجريمة أن يرتكب الجانى فعلا يمس جسم المجنى عليه أو يؤثر على سلامة هذا الجسم بأى حال ولا يشترط أن يكون الفعل ضربا أو جرحاً بل يكفى أن يكون أى فعل من أفعال الأذى أو العدوان على اختلاف أنواعها كالضرب والجرح والخنق والجذب والدفع والضغط والعصر

٢٧٢ ـ وليس من الضرورى أن يستعمل الجانى أداة معينة للإيذا. والعض وحلق الشعر ونتفه ولوى الذراع وغير ذلك والاعتداء فقد يستعمل يده أو رجله أو أسنانه وقد يستعمل عصا أو سكينا أو سيفا أو بندقية أو مادة مضرة أو سامة، لأن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فتسوى فيه كل الآلات

فى مذهب أحمد رأى يرى أن مادون النفس فيه عمد وشبه عمد ويفرق بينهما بأن فى الأول القصاص وفى الثانى الدية[١] ويفرقون بين العمد وشبه العمد بأن الأول هو قصد الضرب بما يفضى إلى النتيجة غالبا والثانى هو قصد الضرب بما لا يفضى إلى النتيجة غالبا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد[٢]. ويظهر أنه هو الرأى الراجح فى المذهب أما الرأى الآخر فيرى أن الجراح كلها عمد دون تفرقة وأن فيها القصاص لقوله تعالى : ﴿والجروح قصاص﴾ .

---

(١) الإقناع جـ ٤ ص ١٨٩ (٢) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٢٨ ،المغنى حـ ٩ ص ٤١٠

أما أبو حنيفة فلا يفرق بين العمد وشبه العمد إلا فى النفس ، ويكفى عنده تعمد الفعل فيما دون النفس[1] وليس مايمنع عند مالك والشافعى وأحمد أن يكون الجانى مسؤولا عن الجناية ولو لم تكن الجناية مباشرة لفعله كمن طلب إنسانا بسيف مجرد فهرب منه فخر به سقف فأصيب بجرح أو كسر لأنه هو الذى الجأ المجنى عليه للهرب بفعله .

ويرى الشافعى أن العمد فيما دون النفس ، إما أن يكون عمدا محضاً أو شبه عمد . فالعمد المحض هو ما أدى إلى نتيجة الفعل غالباً أما شبه العمد فهو مالم يؤد لنتيجة الفعل غالباً كمن لطم إنساناً على رأسه فورمت ثم انشقت حتى وضحت فهذه شبه عمد لأن الغالب أن اللطمة لا تؤدى لإيضاح ولو رماه بحصاة فورمت ثم أوضحت فهى شبه عمد لأن الغالب أن الرمى بالحصاة لا يؤدى للإيضاح[2] .

ومع أنهم وضعوا هذه القاعدة إلا أنهم يختلفون فى طبيعة تطبيقها وهذا الخلاف مرجعه التقدير . فمثلا ابن رشد يضرب مثلا على شبه العمد اللطمة التى تفقأ العين ، لأن اللطمة لاتفقأ العين غالباً[3] بينما يرى الشافعى أن اللطمة التى تفقأ العين عمد محض لأن اللطم يؤدى غالبا لفقأ العين[4] .

٢٧٣ ـ ويستوى أن يكون الفعل مباشراً أو بالتسبب فالضرب باليد وشد حبل رفيع فى طريق المجنى عليه ليتعثر فيه كلاهما يكون الجريمة .

٢٧٤ ـ ويصح أن يكون الفعل ماديا كالضرب والجرح ، ويصح أن يكون معنويا كمن أذعر رجلا فأصيب بشلل أو ذهب عقله أو سقط فجرح ، ونص القانون المصرى كما ذكرنا من قبل لا يتسع للأفعال المعنوية أما فى فرنسا فيعاقبون على الفعل المعنوى فيما دون النفس لأن القانون الفرنسى يجعل فى حكم الضرب أنواع التعدى والإيذاء الأخرى بينما القانون المصرى لم يذكر إلا عبارة الضرب والجرح .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ، بدائع الصنائع ص ٢٣٣ ، الأم ج ٦ ص ٤٥ .

(٢) الأم ج ٦ ص ٤٦ (٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤١ (٤) الأم ج ٦ ص ٤٥ .

٢٧٥ ـ ويشترط أن يكون المجنى عليه معصوما فإن لم يكن كذلك فالفعل مباح ولا يعتبر جريمة وقد تكلمنا عن العصمة بمناسبة الكلام على القتل وماقلناه هناك يغنى عن الإعادة هنا .

٢٧٦ ـ ويشترط ألا يؤدى الفعل للوفاة ، فإذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس قد تكون قتلا عمداً إذا ثبت أن الجانى تعمد الفعل وقصد القتل ، وقد تكون قتلا شبه عمد إذا ثبت أن الجانى تعمد الفعل ولم يقصد القتل .

ثانيا — الركن الثانى
أن يكون الفعل متعمداً

٢٧٧ ـ لكى يكون الفعل جريمة عمدية يجب أن يصدر عن إرادة الجانى وأن يرتكب بقصد العدوان فإن لم يرد الجانى الفعل أو أراده ولم يقصد العدوان فالفعل غير متعمد وإنما خطأ .

٢٧٨ ـ ويؤخذ الجانى بقصده المحتمل . فيسأل عن نتيجة الفعل الذى أتاه لا عما قصده وقت إحداث الفعل ، فإن ترتب على الفعل ذهاب عضو أو إبطال منفعته أو إحداث موضحة أو جائفة أو أقل من ذلك . سئل عن نتيجة فعله ولو لم يكن يقصد إحداث هذه النتيجة بالذات وقت إتيان الفعل .

٢٧٩ ـ ويسأل الجانى عن قصده غير المحدود . فمن ألقى حجراً على جماعة بقصد إصابة أحدهم سئل عن نتيجة عمله سواء كان يعرف أفراد هذه الجماعة أو لا يعرفهم .

وقد سبق أن تكلمنا عن الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية كما تكلمنا عن الإذن فى الجرح واستعمال الحق وأداء الواجب وما قلناه ينطبق هنا .

٢٨٠ ـ ويستوى فى الجريمة على مادون النفس أن يتعمد الجانى الفعل دون أن يقصد القتل ، أو أن يتعمد الفعل بقصد القتل مادام الفعل لم يؤد للموت لأن الشريعة لاتعاقب على الشروع فى القتل إذا كان الشروع يكون جريمة

تامة على مادون النفس أيا كانت نتيجة هذه الجريمة جرحا أو شجة أو جائفة أو إتلافا لعضو أو ذهاب معناه ، وقد عللنا هذا الحكم بمناسبة الكلام عن القتل العمد .

الجناية على مادون النفس خطأ

٢٨١ — سبق أن بينا تعريف الخطأ وأنواعه بمناسبة الكلام على القتل الخطأ كما بينا أركان جريمة القتل الخطأ وماقيل هناك ينطبق بحذافيره هنا ، ولا فرق إلا أن الفعل إذا أدى للوفاة فهو جناية على النفس أى قتل خطأ، وإذا لم يؤد للوفاة فهو جناية على مادون النفس ومن ثم لاداعى للتكلم هنا عن الجريمة وأركانها لأنه تكرار لما قيل هناك .

٢٨٢ - **فرق هام** : ويجب أن نلاحظ أن الشريعة جعلت العقوبة للجناية على مادون النفس فى حالة الخطأ متمشية مع نتيجة الفعل كما هو الحال فى العمد، فعقوبة من أتلف عضواً أو أذهب منفعته من عقوبة الجرح الذى شفى دون أن يتخلف عنه عاهة ، وعقاب من أذهب بصر إنسان أشد من عقاب من أذهب نصف بصره وهكذا .

والشريعة تتفوق على القانونين المصرى والفرنسي فى هذا لأنهما يسويان فى العقوبة مهما اختلفت نتائج الفعل وبعض شراح القانونين ينتقدون على المشرع أنه سوى بين عقوبة الإصابات المختلفة مع اختلاف نتائجها دون مبرر لهذه التسوية.

عقوبة الجناية على مادون النفس

عقوبة الجناية على مادون النفس تنقسم إلى ثلاثة أقسام : عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً ، وعقوبة الجناية على مادون النفس شبه عمد ، وعقوبة الجناية على مادون النفس خطأ .

أولا — عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً

العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمدا هى القصاص وعند مالك :

الدية مع القصاص[1] فإذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب التى سنبينها فيما بعد حلت محله عقوبتان بدليتان الأولى الدية أو الأرش والثانية التعزير ، ويلاحظ الفرق بين عقوبات الجناية عمدا على النفس والجناية عمدا على مادون النفس ففى النفس يعاقب بالكفارة عقوبة أصلية وبالصيام عقوبة بدلية و بالحرمان من الميراث والوصية عقوبة تبعية أما هنا فلا يعاقب بهذه العقوبات لأنها قاصرة فقط على القتل ومتعلقة به .

أولا : القصاص

٢٨٣ — القصاص : هو العقوبة الأصلية للجناية على مادون النفس عمدا أما الدية والتعزير فهما عقوبتان بدليتان تحلان محل القصاص ، ويترتب على اعتبار القصاص أصلا والدية والتعزيز بدلا أنه لايجوز الجمع بين العقوبة الأصلية و بين عقوبة أخرى بدلا منها لأن الجمع بين البدل والمستبدل ينافيان طبيعة الاستبدال ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يجوز الحكم بالعقوبة البدلية إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية .

وهناك نظريتان للجمع بين القصاص والدية : الأولى – يرى أصحابها أن القصاص يجمع مع الدية إذا لم يكن القصاص ممكناً إلا فى بعض الجرح فيقتص مما يمكن القصاص فيه ، وما لايمكن القصاص فيه تحل العقوبة البدلية فيه محل القصاص وعلى هذا تجمع الدية مع القصاص عقوبة لجرح واحد وهذه النظرية يقول بها الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد . أما النظرية الثانية : فتقوم على أنه لا يمكن الجمع بين العقوبة الأصلية والعقوبة البدلية فى جرح واحد فإن اقتص فى بعض الجرح سقط حقه فى الباقى ولا شيء له وهو بالخيار إن شاء اقتص ولا شيء له وإن شاء أخذ الدية وهذه نظرية مالك وأبى حنيفة و بعض فقهاء مذهب أحمد .

---

(١) شرح الدردير ، ج ٤ – ص ٢٢٤ ، مواهب الجليل ص ٢٤٧ .

ويمتنع الحكم بالعقوبة الأصلية إذا امتنع القصاص أو سقط لسبب من الأسباب التى نذكرها بعد ، وهذه الأسباب بعضها عام وبعضها خاص بما دون النفس .

أسباب امتناع القصاص العامة

٢٨٤ - أولا : إذا كان القتيل جزءاً من القاتل : إذا كان القتيل جزءاً من القاتل امتنع الحكم بالقصاص ويكون القتيل جزءاً من القاتل إذا كان ولده فإذا جرح الأب ولده أو قطعه أو شجه فلا قصاص لقوله عليه الصلاة والسلام : «لايقاد الوالد بولده» ، أما الولد فيقتص منه لوالده طبقاً للنصوص العامة ، ويدخل تحت لفظى الوالد والولد كل والد وإن علا ، وكل ولد وإن سفل ، وحكم الأم هو حكم الأب لأنها أحد الوالدين ، والجدة كالأم سواء كانت من قبل الأب أو الأم .

ويرى مالك القصاص من الأب فى القتل إذا لم يكن شك فى قصد القتل ولكنه لايرى القصاص من الأب فى غير القتل ويرى تغليظ الدية عليه والتغليظ عند مالك هو تثليث الدية[١] .

وعلى هذا فليس ثمة خلاف بين الأئمة الأربعة فى امتناع القصاص من الوالد لولده إذا جنى عليه فيما دون النفس ، وقد تكلمنا عن هذا الموضوع بتوسع عند الكلام على القتل العمد .

٢٨٥ - ثانيا : انعدام التكافؤ : إذا انعدم التكافؤ بين المجنى عليه والجانى فلاقصاص وينظر إلى التكافؤ من ناحية المجنى عليه وحده لامن ناحية الجانى .

وفى مذهب مالك هذا شرط التكافؤ فى النفس إما فيما دون النفس فهو يشترط التكافؤ من الوجهين فعنده لو قطع كافر أو عبد يد مسلم لم يكن له أن يقتص منهما ولو قطعهما فليس لهما أن يقتصا منه[٢] .

فإن كان المجنى عليه مكافئاً للجانى أو خيراً منه وجب القصاص وإن كان لايكافئه امتنع القصاص ولايشترط فى الجانى أن يكافىء المجنى عليه لأن شرط

---

(١) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٥٦ .

(٢) مواهب الجليل - ج ٦ ص ٢٤٥ ، شرح الدردير ص ٢٢٢ .

التكافؤ وضع لمنع قتل الأعلى بالأدنى ولم يوضع لمنع قتل الأدنى بالأعلى .

وأساس التكافؤ عند مالك والشافعى وأحمد : الحرية والإسلام ، وأساس التكافؤ عندأبى حنيفة الحريةوالجنس ، وسنتكلم فيما يلى عن هذه الأسس الثلاثة :

١ — الحرية : يرى مالك والشافعى وأحمد أن الحر لا يقتص منه إذا جرح العبد لأن العبد منقوص بالرق وهذا هو نفس رأيهم فى القتل ، ويرى مالك أن لا يقتص من العبد للحر[1] .

ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص من الأحرار والعبيد فيما دون النفس ولا قصاص فيما بين العبيد أنفسهم ، وهو يخرج بهذا عن رأيه الذى التزمه فى القتل وهو القصاص من الحر للعبد ومن العبد للعبد وعلة خروجه على هذا الرأى ، أنه يرى أن مادون النفس خلق لوقاية النفس ولما كانت قيمة العبد تختلف عن دية الحر وقيمة العبد تختلف عن غيره من العبيد فلا يمكن أن تتماثل أطراف الأحرار مع العبيد ولا أطراف عبد مع عبد آخر ومن ثم امتنع القصاص بينهم وهذا الرأى يتفق مع رأى أحمد[2] .

٢ — الإسلام : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بما فيه كفاية بمناسبة الكلام على القتل فيراجع ونلخص ماقلناه : بأن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن الكافر لا يكافىء المسلم والقاعدة عندهم أن لا قصاص من مسلم إذا قتل ذمياً .

أما أبو حنيفة فيرى أن الكافر يكافىء المسلم مادام معصوم الدم وليس فى عصمته شبهة كالمستأمن مثلاً ومن ثم فهو يوجب القصاص من كليهما للآخر .

وهم يسيرون على هذه القاعدة فيما دون النفس إلا أن مالكا خرج عليها

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٤٨ — ٣٥١ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٢٥ — ٢٢٦

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٢٦ .

ورأى ألا قصاص بين المسلم والكافر بصفة مطلقة فيما دون النفس فإذا جرح أحدهما الآخر فلا قصاص لانعدام التكافؤ ولو أنه يقرر أن المسلم خير من الكافر لأن القصاص فيما دون النفس يقتضى المساواة بين الطرفين ولا مساواة(١) .

٣ — **الجنس** : القاعدة عند الأئمة الأربعة أن الأنثى يقتص منها للذكر والذكر يقتص منه للأنثى وهذا فى القتل أى فى النفس وقد طبق مالك والشافعى وأحمد هذه القاعدة أيضاً فيما دون النفس(٢) وحجتهم أن من يجرى بينهم القصاص فى النفس يجرى بينهم فى الأطراف ، أما أبو حنيفة فيخالف هذه القاعدة ولا يطبقها فيما دون النفس لأنه يسير على قاعدة أخرى فيما دون النفس هى اعتبار أن مادون النفس كالأموال ، و بتطبيق هذه القاعدة لايجعل المرأة مماثلة للرجل لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل ودية طرفها لاتماثل دية طرف الرجل وإذا انعدمت المساواة بين أرشيهما امتنع القصاص فى طرفيهما سواء كان الجانى هو الذكر أو الأنثى(٣) .

التماثل فى العدد : يشترط أبو حنيفة التماثل فى العدد بين المجنى عليه والجانى فيجب أن يكون الجانى واحداً ليقتص منه فإن كان الجناة أكثر من واحد فلا قصاص إذا تعاونوا على ارتكاب فعل واحد كأن قطعوا يد رجل أو أصبعه أو أذهبوا سمعه أو بصره أو قلعوا له سناً أو نحو ذلك من الجوارح التى يجب على الواحد فيها القصاص لو انفرد بالفعل وعليهم دية الجارحة مقسمة عليهم بالتساوى أما إذا ارتكب كل منهم منفرداً فعلا يجب فيه القصاص فعلى كل منهم القصاص فيما فعله . وحجة أبى حنيفة أن المماثلة فيما دون النفس شرط أساسى للقصاص ولا مماثلة بين جارحة وجوارح ، كيد واحدة وأيدى لافى الذات ولا فى المنفعة ولا فى الفعل . أما فى الذات فلا شك فيه لأنه لامماثلة بين العدد والفرد من حيث الذات

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٧٨ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٥ ، المهذب ج ٣ ص ١٩٠

(٣) بدائع الصنائع ص ٣١٠ ، راجع الفقرة ١٥٣ .

وإذا كانت الصحيحة لاتقطع بالشلاء لفوات المماثلة من حيث الوصف مع التساوى فى الذات . فأولى أو يمتنع القصاص لفوات المماثلة فى الذات وأما فى المنفعة فلأن منفعة اليدين أكثر من منفعة يد واحدة ومن المنافع مالا يتأتى إلا باليدين كالكتابة والخياطة ، وأما فى الفعل فلأن الموجود من كل واحد قطع بعض اليد والجزاء قطع كل اليد من كل منهم وقطع اليد أكثر من قطع بعضها[1] .

ويفرق أبو حنيفة بين النفس وما دونها بأن الفعل فيما دون النفس يتجزأ لأنه قطع بعض الجارحة وترك البعض موجوداً بخلاف النفس فإن إزهاقها لايتجزأ أو رأى أبى حنيفة وجه فى مذهب أحمد .

ويرى مالك والشافعى وأحمد القصاص من الجماعة للواحد ، وحجتهم أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع علىٌّ يده ثم جاءا بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا فى الأول فرد شهادتهما على الثانى وغرمهما دية الأول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحد ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

ويرى الشافعى وأحمد ، أنه يجب للقصاص من الجماعة بالواحد أن يكون اشتراك الجماعة فى الطرف على وجه لايتميز فيه أحدهما عن الآخر . إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه ثم يرجعوا عن شهادتهم أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يتعاونوا فى إلقاء حجر على المجنى عليه فتقطع طرفه أو يقطعوا يداً ويقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً حتى يقطع الطرف ، فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتم غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً مثلا على مفصله ثم مر كل واحد عليه

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٩ ص ٢٩٩ .

مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليدا ولم يشارك في قطع جميعها . وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص فيه بمفرده اقتص منه[1] .

أما مالك ففرق بين حالة التمالؤ وعدم التمالؤ فإن تمالؤوا اقتص من كل منهم بقدر ما أحدثوا بالمجنى عليه سواء تميزت أفعال كل منهم أم لم تتميز فإذا قلعوا عينه وقطعوا رجله ويده قلع لكل عينه وقطعت يده ورجله ، أما إذا لم يكن تمالؤ فإن تميزت أفعالهم أخذ كل منهم بفعله، وإن لم تتميز أفعالهم فعليهم القصاص كما لو تمالؤوا وهناك من يرى ألا قصاص عليهم وعليهم الدية[2] .

ولا يشترط الشافعي وأحمد التمالؤ فيما دون النفس ويكفي التوافق للقصاص من الجميع .

٢٨٦ - ثالثا : أن يكون الفعل شبه عمد : - يرى الشافعي وأحمد أن الجناية على مادون النفس قد تكون عمداً وقد تكون شبه عمد فهي عمد إذا كان الفعل متعمداً أو كان يؤدى غالباً إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن ضرب غيره بسكين فقطع أصبعه أو بعصا فكسر ذراعه أو أحدث برأسه تربنة .

وهي شبه عمد إذا كان الفعل متعمداً ولكنه لا يؤدى غالبا إلى النتيجة التي انتهى إليها كمن لطم آخر ففقأ عينه أو رماه بحصاة فأحدثت ورما انتهى بموضحة. ويرتبان على تقسيم الجناية على مادون النفس إلى عمد وشبه عمد أن القصاص يجب في العمد فقط أما شبه العمد فيجب فيه الدية وهما يسيران في هذا التقسيم وفي ترتيب العقوبة على ما سارا عليه في الجناية على النفس[3] .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الجناية على مادون النفس لا تكون إلا عمدا لأن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل عنده إما عمدا وإما خطأ ، ولأن أبا حنيفة يرى أن مادون النفس لا يقصد إتلافه بآلة دون أخرى فاستوت فيه

(١) المغني ج ٩ ص ٣٧٠ وما بعدها ، المهذب ج ٢ ص ١٩٠ .
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢ .
(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ ، الأم ج ٦ ص ٦ .

الآلات للدلالة على القصد فكان الفعل عمدا فى كل حال أى أن مادون النفس لا يقصد إلا مجرد الاعتداء عليه والاعتداء ممكن بأى آلة بعكس القتل فلا يكون إلا بآلة مخصوصة ومن ثم كان توفر قصد الاعتداء كافياً لاعتبار الفعل عمدا فيما دون النفس ولم يكن هناك محل لاعتبار شبه العمد[1] و يترتب على رأى مالك وأبى حنيفة أن الجناية على مادون النفس يجب فيها القصاص فى كل حال مادام الجانى قد تعمد الفعل.

٢٨٧ - **رابعا : أن يكون الفعل تسببا** : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن الجناية على مادون النفس بالتسبب لا توجب القصاص لأن القصاص فعل مباشر فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه على طريق المباشرة لأن أساس العقوبة القصاص هو المماثلة بين الفعلين ويوجب أبو حنيفة الدية بدلا من القصاص ولكن الأئمة الثلاثة لا يرون فرقا بين الجناية بالتسبب والجناية المباشرة و يوجبون القصاص على الجانى فى الحالين .

٢٨٨ - **خامسا : أن تكون الجناية قد وقعت فى دار الحرب** : يرى أبو حنيفة دون غيره من الأئمة أن لا قصاص من الجانى إذا كانت الجناية قد وقعت فى دار الحرب . ويرى بقية الأئمة القصاص سواء كانت الجناية فى دار الحرب أو دار الإسلام وقد سبق أن تكلمنا عن هذه المسألة وفيما ذكرناه غنى عن الإعادة[2]

٢٨٩ — **سادسا : عدم إمكان الاستيفاء** : يمتنع القصاص إذا لم يكن الاستيفاء ممكناً لأن القصاص قائم على التماثل واستيفاء المثل بدون مكان استيفائه ممتنع . فيمتنع الاستيفاء ضرورة . فمثلا إذا كان المجنى عليه مقطوع المفصل الأعلى من إبهام اليد اليمنى وجاء الجانى فقطع المفصل الثانى لنفس الأصبع فلا يمكن أن يقتص من الجانى إذا كان إبهام يده اليمنى سليما لأن القصاص يؤدى إلى قطع مفصلين والمقطوع مفصل واحد فينعدم التماثل . وكذلك لو أجاف الجانى المجنى عليه أو شجه آمة أو دامغة فالقصاص لا يمكن فى هذه الحالات، لأنه لا يمكن إجافة الجانى أو شجه على وجه التماثل التام[3] ومن ثم يتعذر القصاص بتعذر إستيفائه و ينتقل

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .
(٢) راجع الفقرة ١٥٩ .
(٣) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ .

حق المجنى عليه إلى بدل القصاص وهو الدية .

٢٩٠ - أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دون النفس : أسباب امتناع القصاص الخاصة بما دون النفس هى : أولا - عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف . ثانيا - عدم المماثلة فى المحل . ثالثاً - عدم الاستواء فى الصحة والكمال . وهذه الأسباب ترجع كلها إلى أساس واحد هو التماثل ، فالقصاص يقتضى بطبيعته التماثل من كل وجه، التماثل فى الفعل والتماثل فى المحل والتماثل فى المنفعة .

٢٩١ - أولا : عدم إمكان الاستيفاء بلا حيف : يشترط للقصاص أن يكون الإستيفاء ممكناً بلا حيف ، ولا يكون الاستيفاء ممكنا بلا حيف من الأطراف إلا إذا كان القطع من مفصل، أو كان له حد ينتهى إليه ،كمارن الأنف وهو مالان منه ، فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهى إليه كالقطع من قصبة الأنف أو من نصف الساعد ، أو من نصف الساق فالفقهاء فى ذلك على رأيين أولهما : يرى أنه لاقصاص مادام القطع من غير مفصل وليس له حد ينتهى إليه لتعذر الاستيفاء ، ومن هذا الرأى أبو حنيفة و بعض فقهاء مذهب أحمد ، الرأى الثانى: يرى أصحابه أن يقتص من أول مفصل داخل فى محل الجناية وله حكومة فى الباقى حيث لايمكن القصاص على وجه المماثلة من غير المفصل ، فمن قطع ذراعه من نصف العضد كان له أن يقتص من المرفق و يأخذ حكومة عن نصف العضد ، ومن قطع ذراعه من نصف الساعد كان له أن يقتص من الكوع ويأخذ حكومة عن نصف الساعد من هذا الرأى الشافعى و بعض فقهاء مذهب أحمد ولكن الفقهاء فى مذهب أحمد يرى بعضهم أن المجنى عليه يستحق حكومة عن الزائد والبعض يرى أنه لا يستحق شيئا[1] تطبيقا للمبدأ القائل : بأنه لا يجمع فى فعل واحد بين قصاص ودية، أما مالك فيرى القصاص ولو كان القطع

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٨ - المهذب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٣ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٩ .

من غير مفصل إذا كان ذلك ممكناً ولا خوف منه فإن لم يكن كذلك فلا قصاص ، ولو رضى الجانى بالقطع من مفصل داخل فى الجناية ومن المتفق عليه بين أبى حنيفة والشافعى وأحمد ألا قصاص فى كسر العظام لأن التماثل غير ممكن ، والأمن من الحيف غير محقق .

ولكن مالكاً يرى القصاص إذا قرر الخبراء أنه ممكن ولا خوف منه على حياة المقتص منه[1] .

وإذا اصطحب الكسر بشجة كالهاشمة والمنقلة أو جرح من جراح الجسد فيرى الشافعى القصاص من الموضحة لأنها داخلة فى الجناية ويمكن القصاص فيها وله أرش الباقى حيث تعذر فيه القصاص ، فانتقل إلى البدل وهذا هو مذهب أحمد إلا أن بعضهم يرى أن له أرش الباقى ، والبعض يرى أن ليس له مع القصاص شىء لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين القصاص والدية ويرى مالك القصاص من الجرح والعظم معا فى جراح الجسد لا فى شجاج الرأس إن كان ذلك ممكناً وإلا فلا ويرى مالك أيضاً أن لا قصاص فى الشجاج فيما فوق الموضحة ولو بقدر الموضحة ولكن فى الجسد إذا كان جرح مصحوب بكسر فلا مانع فى القصاص ، إذا كان ذلك ممكنا فى الجميع وإلا فلا ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص أصلا .

ومن المتفق عليه أن لا قصاص فيما فوق الموضحة من الشجاج لأن الاستيفاء دون حيف غير ممكن ، أما مادون الموضحة فيرى مالك القصاص فيه لأنه يرى الاستيفاء ممكنا دون حيف ، بأن يقاس طول الجرح وعمقه ويقتص بمثله ، وظاهر مذهب أبى حنيفة إن كان القصاص من الموضحة والسمحاق والباضعة والدامية وهو رواية عن محمد ، ورواية أخرى ألا قصاص فيما قبل الموضحة وهو رأى الشافعى وأحمد ، وحجتهما أن مادون الموضحة ليس له حد ينتهى إليه ، لأن الموضحة تنتهى إلى العظم ، أما مادونها فليس كذلك والقول بإمكان قياس عمق الجرح يودى إلى الإقتصاص من الباضعة أو السمحاق موضحة إذا

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، المدونة ج ١٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ .

كان الإحم أى لحم الشاج خفيفاً ، أو الاقتصاص من السمحاق متلاحمة ، أو باضعة إذا كان لحم الشاج أخف من لحم المشجوج[1] .

وأساس اختلاف الفقهاء فى جميع ماسبق هو اختلاف التقدير ، أما قاعدتهم جميعاً فواحدة ، فمن رأى أن الاستيفاء ممكن فى حالة دون حيف قال به ومن رآه لا يمكن بغير حيف منع منه .

٢٩٢ - ثالثاً: عدم المماثلة فى الموضع :يشترط للقصاص التماثل فى الموضع أى فى محل الجناية ، فلا يؤخذ شىء إلا بمثله ولا يقتص من عضو إلا لما يقابله، فلا تؤخذ اليد إلا باليد لأن غير اليد ليس من جنسها ، فهو ليس مثلا لها إذ التجانس شرط للمماثلة ولا تؤخذ الرجل إلا بالرجل والأصبع إلا بالأصبع والعين إلا بالعين والأنف إلا بالأنف ولا يؤخذ الإبهام إلا بالإبهام ولا السبابة إلا بالسبابة ولا الوسطى إلا بالوسطى ولا البنصر إلا بالبنصر ولا الخنصر إلا بالخنصر لأن منافع الأصابع مختلفة فكانت كالأجناس المختلفة ولا تؤخذ اليد اليمين إلا باليد اليمين ولا اليسرى إلا باليسرى لأن لليمين فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا ، وكذلك الرجل وكذلك أصابع اليدين والرجلين لا تؤخذ اليمين منها إلا باليمين ولا اليسرى إلا باليسرى وكذلك الأعين كما قلنا ، وكذلك الأسنان لاتؤخذ الثنية إلا بالثنية ولا الناب إلا بالناب ولا الضرس إلا بالضرس لاختلاف منافعها فإن بعضها قواطع و بعضها طواحن و بعضها ضواحك ، واختلاف المنفعة بين الشيئين يلحقهما بجنسين مختلفين ولا مماثلة عند اختلاف الجنس ، وكذلك لا يؤخذ الأعلى منها بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لتفاوت المنفعة بين الأعلى والأسفل[2] .

٢٩٣ - ثالثاً المساواة فى الصحة : يشترط للقصاص أن يتساوى العضوان فى الصحة والكمال فلا تؤخذ مثلا عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد يد صحيحة

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ - بدائع الصنائع ص ٣٠٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٧ - الشرح الكبير ج٩ ص ٤٤٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٠ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .

بيد شلاء ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأن المقتص يأخذ فوق حقه أما إذا أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة فله أن يقتص لأنه يأخذ دون حقه وليس له مع القصاص أرش مقابل نقص الشلل لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة و إنما تنقص عنها فى الصفة والتماثل لا يشترط فى الصفات ، ويحتاط الشافعى وأحمد فى أخذ الشلاء بالصحيحة فيشترطان أن يقرر أهل الخبرة أن قطع العضو الأشل لايؤثر على حياة المقتص منه لأن الشلل علة وللعلل تأثيرها على الأبدان .

أما مالك فيرى أن لا تؤخذ الصحيحة بالشلاء كما يرى أن لاتؤخذ الشلاء بالصحيحة ولو رضى المجنى عليه بها إلا إذا كان العضو الأشل فيه نفع للجانى فإن لم يكن فيه نفع فلا قصاص .

ويرى مالك والشافعى وأحمد القصاص بين الأشلين للمساواة ويرى بعض فقهاء مذهب الشافعى أن لا قصاص لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها على الأجسام . أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص بين الأشلين لأنه يشترط التماثل فى الأرش لأنه يسلك بالأطراف مسلك الأموال والشلل يؤثر على كل عضو تأثيراً مختلفاً فلا تصبح قيمتها واحدة ومن ثم امتنع القصاص لعدم المساواة[١] ويرى زفر القصاص عند تساوى الشلل .

ولا يؤخذ الكامل بالناقص ، فمثلا لا تؤخذ يد ولا رجل كاملة الأصابع بيد أو رجل تنقص أصبعاً أو أكثر لانعدام المساواة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، ولكن يجوز أخذ الناقص بالكامل . فتؤخذ اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً أو أكثر باليد أو الرجل الصحيحة ، وليس للمقتص شىء عند أبى حنيفة ورأى فى مذهب أحمد ، وله عند الشافعى ورأى فى مذهب أحمد أرش ما نقص لأنه وجد بعض حقه فاقتص فيه ، وعدم بعضه فانتقل القصاص فيه إلى البدل وهو الأرش ، أما مالك فيرى قطع اليد أو الرجل الناقصة أصبعاً واحداً بالكاملة

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠٦ ، ٣٠٨ ـ بدائع الصنائع ص ٣٠٢ ، المهذب جـ ٢ ص ١٩٣ ـ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٥٨ ـ ٤٤٨ .

بلا غرم على الجانى ولا خيار للمجنى عليه فى نقص الأصبع وله أن يختار بين القصاص وبين الدية إن كان النقص أصبعين فأكثر ، أما الأصبع وبعض الآخر فلاخيار فيه للمجنى عليه لأنه نقص يسير لا يمنع المماثلة ، ومن ثم فيتعين قطع الناقصة بالكاملة أما إذا نقصت يد المجنى عليه أو رجله أصبعاً فالقود على الجانى الكامل الأصابع ولايغرم المجنى عليه الناقص الأصابع أرش الأصبع الزائد ، ولا قصاص إن نقصت يد المجنى عليه أكثر من أصبع ، إذا كانت يد الجانى كاملة الأصابع[1]

ولا تؤخذ يد ذات أظافر بيد لا أظافر لها ، لكن تؤخذ اليد ذات الأظافر الصحيحة باليد ذات الأظافر المسودة أو المخضرة . لأن هذا الوصف لا يوجب نقصاً فى المنفعة ولأن الصحيح يؤخذ بالسقيم[2].

وإذا قطع يد رجل وفيها أصبع زائدة وفى يد الجانى مثلها ، فلا قصاص عند أبى حنيفة لأن الأصبع الزائدة نقص وعيب ، ويرى أبو يوسف القصاص للتماثل والمساواة وهو رأى الشافعى وأحمد ويتفق مع رأى مالك .

ويرى أبوحنيفة ، أن مقطوع الإبهام إذا قطع يد مقطوع الإبهام فلاقصاص لأن قطع الإبهام توهين للكف ، ويسقط تقدير الأرش ، فلا يعرف إلا بالحرز والظن ، فتنعدم المماثلة . وعند بقية الفقهاء القصاص واجب للتماثل[3].

كيف طبق الفقهاء شروط القصاص الخاصة

أولا : فى أيامة الأطراف وما يجرى مجراها ؟

٢٩٤ ـ الجفن : يؤخذ الجفن بالجفن عند الشافعى وأحمد لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل فوجب فيه القصاص ، ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير ، وجفن الضرير بجفن البصير ، لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم الإبصار ليس نقصاً فى الجفن ذاته

(١) بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٨ ـ ٤٤٩ ـ المهذب ج ٨ ص ١٩٣ ـ المواهب ج ٦ ص ٢٤٩ والدردير ج ٤ ص ٢٢٦ ـ البحر الرائق ص ٣٠٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٨ ، المواهب ج ٦ ص ٢٤٢ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٩٤ .

و إنما هو نقص في غيره[1] أما عند مالك وأبي حنيفة فلا قصاص في جفون العين لأنه لا يمكن استيفاء المثل تماماً من دون حيف[2].

٢٩٥ ـ الأنف : يؤخذ الأنف بالأنف عند مالك والشافعي وأحمد لقوله تعالى : ﴿ والأنف بالأنف ﴾ ولا يجب القصاص في الأنف إلا في المارن ، وهو مالأن منه ، لأنه ينتهي إلى مفصل ، و يؤخذ الكبير بالصغير والأقنى بالأفطس. والأشم بالأخشم الذي لا يشم . لأنهما متساويان في السلامة من النقص وعدم الشم نقص في غيره و يؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ماقطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجاني ولا يؤخذ قدره بالمساحة لأن أنف الجاني قد يكون صغيراً وأنف المجني عليه كبيراً ، فإذا اعتبرت المماثلة بالمساحة أدى ذلك إلى قطع جميع المارن بالبعض .

و يؤخذ المنخر بالمنخر ، والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه لا يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بالجذام ، ولكن يؤخذ المارن الصحيح بالمارن المريض بالجذام ما دام لم يسقط منه شيء ، و إن قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً للمجني عليه أن يقتص من الموجود ، و ينتقل في الباقي إلى البدل عند الشافعي و بعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء غير القصاص عند مالك و بعض فقهاء مذهب أحمد و إن قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل في الجناية و يمكن القصاص فيه كما يرى الشافعي وأحمد ، و ينتقل في الباقي إلى الحكومة لأنه لا يمكن القصاص في الباقي لأنه عظم ، فانتقل فيه إلى البدل كما يرى الشافعي و بعض فقهاء مذهب أحمد وليس له شيء مع القصاص على ما يرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد أما مالك فيرى القصاص من العظام كلما كان ذلك ممكناً فإن لم يكن ممكناً فلا قصاص[3]

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩١ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ .

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٢٣ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ .

أما أبو حنيفة فيرى القصاص فى الأنف إذا أخذ كل المارن ، لأن له حداً ينتهى إليه وهومالان منه ، أماإذا قطع بعضه ، أو كان القطع من قصبة الأنف فلا قصاص لتعذر استيفاء المثل فى البعض ولأنه لاقصاص من العظم ، و إن كان أنف القاطع أصغر خير المقطوع أنفه الكبير إن شاء قطع وإن شاء أخذ الدية ، وكذلك إذا كان قاطع الأنف أخشم لايجد الريح أو أخرم الأنف أو بأنفه نقصان من شىء أصابه فإن المقطوع مخير بين القطع وبين أخذ دية أنفه[1] .

العين : تؤخذ العين بالعين عند الفقهاء الأربعة لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ولأنها تنتهى إلى مفصل تجرى القصاص فيها ، وتؤخذ العين السليمة بالضعيفة خلقة أومن كبر ، فتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة ، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ، ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وتؤخذ القائمة بالصحيحة لأنها دون حقه ولا أرش ، لأن التفاوت فى الصفة . و يستثنى أبو حنيفة من القصاص ما لو كانت عين المجنى عليه فيها بياض ولكن يبصر بها ، وكذلك عين الجانى فإنه لاقصاص فيهما[2] .

و إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود عليه وعليه دية كاملة عند أحمد ، وحجته أن عمر وعثمان قضيا بهذا ولم يكن لهما مخالف فى عصرهما فصار إجماعاً

أما مالك فيرى تخيير المجنى عليه فإن شاء اقتص و إن شاء أخذ دية كاملة ، ويرى أبو حنيفة والشافعى أن للمجنى عليه القصاص ولا شىء عليه ، و إن عفا فله نصف الدية فقط :

أما مالك فجعل له الدية كاملة ، لأن عين الأعور هى كل بصره أى تساوى عينين . ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص دون خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين فى كونها يميناً أو يساراً ، و إن عفا إلى الدية فله جميعها ، لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه مالو قلع عين صحيح .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٦ — حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨
(٢) راجع حاشية الطهطاوى ص ٣٦٨ .

وإن قلع الأعور عين صحيح فالرأى الراجح فى مذهب أحمد ، إن شاء اقتص ولا شىء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره ، فإن اختار الدية فله دية واحدة ، والرأى المرجوح يرى أن له ديتين ، إحداهما : للعين التى تقابل عينه ، والدية الثانية : لأجل العين الثانية وعند مالك للمجنى عليه القصاص ونصف الدية .

وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية لأن الجانى ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذى بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء ، إذ لا تؤخذ عينان بعين واحدة ، ولا أخذ يمنى بيسرى ، فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ، ويرى البعض أن ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية . لأن الزيادة هنا غير مثمرة فلم يكن لها بدل .

ويرى مالك أن الصحيح إذا فقأ عين الأعور فللأخير أن يقتص أو يأخذ دية كاملة لا نصف دية [1] .

٢٩٦ ـ **الأذن** : وتؤخذ الأذن بالأذن عند الأئمة الأربعة لقوله تعالى ﴿والأذن بالأذن﴾ ولأنه يمكن القصاص لانتهائه إلى حد فاصل . وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لأنهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص فى غير صوان الأذن ويؤخذ بعض الأذن ببعضها ويراعى فى تقدير المقطوع نسبته إلى الباقى فيقدر بالجزء ولا يقدر بالمساحة كما ذكر فى حالة الأنف .

ويؤخذ الصحيح بالمثقوب والمثقوب بالصحيح ، لأن المثقوب ليس بنقص ، وإنما تثقب الأذن للزينة ، ولا يؤخذ صحيح بمشقوق لأنه يأخذ أكثر من حقه ويؤخذ المشقوق بالصحيح وله من الدية مايقابل النقص عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد ، وليس له شىء عند باقى الفقهاء [2] .

---

(١) موهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، المغنى ج ٩ ص ٤٣٠ ـ ٤٣٢ ، المهذب ج ٢ ص ١٩١ ـ حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المدونة ج ١٦ ص ١١٣ ، المهذب ج ٢ ص ١٩١ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٠ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٣ .

٢٩٧ – الشفتان : وتؤخذ الشفة بالشفة ، وهو مابين جلد الذقن والخدين علواً وسفلا لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ ولأنه ينتهي إلى حد معلوم ، والقصاص فيه ممكن وهذا هو رأى الأئمة الأربعة ، وفى مذهب الشافعى ، من يرى أن لا قصاص فى الشفتين لأنه قطع لحم لا ينتهى إلى عظم ، وهو رأى مرجوح ، وفى مذهب أبى حنيفة يرون القصاص فى الكل ، ولا يرون القصاص فى الجزء لعدم إمكان القصاص بدون حيف[١] .

٢٩٨ – اللسان : ويؤخذ اللسان باللسان عند مالك والشافعى وأحمد لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن له حداً ينتهى إليه ، فاقتص فيه ، ولا يؤخذ لسان الناطق بلسان الأخرس ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لأنه يأخذ بعض حقه ، ولا يرى مالك القصاص فى هذه إلا إذا كان فى اللسان منفعة للجانى كما هو الحال فى اليد الشلاء ، وإن قطع نصف اللسان أو ثلثه أو ربعه اقتص من لسان الجانى فى مثل ذلك القدر ، وفى مذهب الشافعى رأى يرى عدم القصاص فى البعض ، لأنه لا يؤمن أن يتجاوز القدر المستحق ولكنه رأى مرجوح والمذهب أن مايمكن القصاص فى كله يمكن القصاص فى بعضه[٢] . أما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص فى اللسان كله أو بعضه إذ القاعدة عنده أن مايتبعض وينبسط لا يمكن استيفاء القصاص فيه بصفة المماثلة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص فى كل اللسان إن استوعب قطعاً ، إذ يمكن القصاص على وجه المماثلة بالاستيعاب[٣] .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ ، المهذب ج٢ ص ١٩٢ – الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ، المذهب ج ٢ ص ١٩٢ ، الشرح الكبير ج٩ ص ٤٣٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٣٠٨ .

٢٩٩ - السن بالسن : ويؤخذ السن بالسن لقوله تالى ﴿ والسن بالسن ﴾ ولأنه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه دون حيف ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويأخذ المكسور بالصحيح ، ولا شىء له عند مالك وأبى حنيفة و بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله مقابل ما نقص من المكسور عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد؛ ولا قصاص فى قلع السن الزائد لتعذر المثل ، وإن كان له سن زائد فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ به، ويرى الشافعى القصاص فى السن الزائد إذا كان له مماثل وكذلك أحمد ولا يرى ذلك أبو حنيفة.

ولا يقتص إلا من سن قد سقطت رواضعه ثم نبتت بعد ذلك ، وإلا فلا قصاص ، حيث إنها تعود بحكم العادة كما كانت قبل السقوط أو الكسر[1] .

٣٠٠ - اليد : وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب القصاص .

وإذا كان القطع من مفصل الكوع أو المرفق فله القصاص باتفاق الفقهاء ، أما إذا كان القطع من غير مفصل كالقطع من الكف أو الساعد أو العضد فمالك يرى القصاص إذا أمكن ولم يخفف منه وإلا فلا قصاص ، وأبو حنيفة وأحمد والشافعى لا يرون القصاص لأن محل القطع عظم ، لكن يجوز عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أن يقتص المجنى عليه من أول مفصل داخل فى الجناية ، ولا يجيز هذا أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ولا يجيزه مالك حتى لو اتفق عليه الطرفان ، ومن أجازه من فقهاء مذهب أحمد اختلفوا ؛ فبعضهم يرى أن للمجنى

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ ، ٢٦١ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٢ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٤ البحر الرائق ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

عليه أرش الباقى ، وبعضهم يرى أن لاشىء له مع القصاص ، ومذهب الشافعى أن له أرش الباقى .

وقياساً على ماسبق يكون الحكم فى الأعضاء ذات المفاصل ، وهى الأصابع والرجلين ، ولاتؤخذ كاملة الأصابع بناقصة الأصابع ، فإن قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد لأنه يأخذ أكثر من حقه ، لكن الشافعى يجيز هو و بعض فقهاء مذهب أحمد أن يأخذ من أصابع الجانى مايقابل الأصابع المقطوعة لأنها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب أحمد ، أما مالك فيجيز القصاص بين اليد الكاملة واليد الناقصة إذا كان النقص فى الجانى أو المجنى عليه أصبعاً واحدة ، أياً كانت ، ولا مقابل للأصبع الزائدة فإن زاد النقص عن أصبع واحدة فلا قصاص ، ولا يجيز مالك مايجيزه الشافعى من أخذ الأصابع دون الكف .

وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فإن قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصابع ، أو قطع من له خمس أصابع كف من له ست أصابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف وليس له شىء عند أبى حنيفة و بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله دية الأصبع الخامس والحكومة فى الأصبع السادس عند الشافعى فقهاء مذهب أحمد لأنه وجد بعض حقه ، وعدم الباقى ، فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم إلى البدل ، أما الفريق الآخر فحجته أنه لايجوز الجمع بين قصاص ودية فى عضو واحد . ورأى مالك تؤخذ الناقصة بالكاملة إذا كان النقص أصبعاً واحدا ، ولا مقابل للناقص فإن كان النقص أكثر من أصبع خير المجنى عليه بين القصاص والدية ، فإن اقتص فلا شىء له

ولا يؤخذ أصلى بزائد ، فإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجيز الشافعى و بعض فقهاء أحمد القصاص من الأصابع الأصلية

على ماذكرنا آنفاً ، ومذهب مالك يجيز القصاص لأن نقص أصبع واحدة لا يمنع من القصاص .

ويجوز أخذ الزائد بالأصلي ، فإن قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فللمجنى عليه عند الشافعى أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ، ولا شيء له لنقصان أصبع أصلية ، لأن الأصبع الزائدة تقوم مقامها ، إذ أنها مثلها فى الخلقة . وفى مذهب أحمد رأى يرى أن لاقصاص لاختلاف الزائدة عن الأصلية ، ورأى يرى القصاص إذا كانت الزائدة فى محل الأصلية ، ورأى يرى القصاص مطلقاً لأن الزائدة لا عبرة بها .

ويظهر أن أبا حنيفة يجيز أخذ الزائد بالأصلى ، لأنه يعتبر الزيادة نقصاً ، والقاعدة عنده أن الناقص يؤخذ بالكامل[١] .

والقاعدة عند مالك : أنه لا يؤخذ الكامل بالناقص . ويؤخذ الناقص بالكامل ، إلا إذا رضى المجنى عليه أن يأخذه دون مقابل النقص حتى لا يجمع بين قصاص ودية .

فمثلا إذا قطع صاحب اليد السليمة أقطع الكف لم يقتص للأقطع من يد السليم حيث لا يؤخذ كامل بناقص ، لكن إذا قطع أقطع الكف يد غيره من المرفق فللمجنى عليه القصاص بأن يقطع اليد الناقصة من المرفق وله أن يختار الدية ، فإذا قطع اليد الناقصة فلا شيء له[٢] .

ولا يجيز مالك لمن قطع من مفصل أن يقطع الجانى من مفصل أدنى منه داخل فى الجناية ولو رضى الجانى والمجنى عليه ، لكن إذا وقع القصاص على هذا الشكل فقد أجزأ ولا يعاد لو طلب المجنى عليه استيفاء الباقى[٣] .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٩ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٨ ، ٣٠٣ – المهذب ج ٢ ص ١٩٢ ، ١٩٤ – الشرح الكبير ج ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٩٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ – وشرح الدردير يجوز أخذ الزائد بالزائد .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٥ .

(٣) المرجع السابق .

ويقتص من الأصبع الزائد فى الأصبع الزائد المماثل كما جاء فى شرح الدردير إذا تساويا فى المحل ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة . لأن الزائد فى معنى الزلزل ، ولا قصاص عنده فى مزلزل ، حتى أنه يرى أن لاقصاص بين يدين فى كل منهما أصبع زائدة ، ولكن أبا يوسف يرى القصاص فى هذه الحالة للمساواة بين اليدين .

٣٠١ — الإليتان : — وتؤخذ الإليتان بالإليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ ، وهو رأى مالك . ويأخذ به بعض فقهاء مذهب الشافعى وأحمد ، وحجتهم قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأن الإليتين ينتهيان إلى حد فاصل ، فوجب فيهما القصاص كأى عضو له مفصل ، أما البعض الآخر فيرى أن لاقصاص لأن الإليتين لحم متصل بلحم وليس له حد فاصل يؤمن معه الحيف وهو رأى أبو حنيفة[1].

٣٠٢ — ويؤخذ الذكر بالذكر : لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن الفصل فيه من غير حيف عند مالك والشافعى وأحمد ، ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص فى الذكر لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن القصاص على وجه المماثلة ولكن أبا يوسف يرى القصاص إذا استوعبت الذكر كله لأن له حدا ينتهى إليه .

ويؤخذ بعضه ببعضه عند مالك وأحمد ، وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما أخذ البعض بالبعض ، وعند أبى حنيفة تؤخذ الحشفة بالحشفة ولاقصاص فى بعضها ولا فى بعض الذكر غيرها .

ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الإنزال لمعنى فى غيره ويقطع الأغلف بالمختون ، لأنه يزيد على المختون بجلدة تستحق إزالتها بالختان ولا يؤخذ صحيح بأشل ، لأن الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل[2] .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ — بدائع الصنائع ص ٢٩٨ ، ٢٩٩ — المهذب ج ٢ ص ١٩٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٨ — المهذب ج ٢ ص ١٩٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٣٩ .

٣٠٣ — وتؤخذ الأنثيان بالأنثيين لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ولأنه ينتهى إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه ؛ فإن قطع أحد الأنثيين وقال أهل الخبرة يمكن أخذها من غير إتلاف الأخرى اقتص منه حتى لا تؤخذ أنثيان بواحدة ، وهذا هو رأى الشافعى وأحمد والظاهر من مذهب مالك ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الأنثيين حيث لاحد لهما ينتهيان إليه فيهما(١) .

٣٠٤ — الشفران — قياس مذهب مالك أن فى الشفرين القصاص ، وقياس مذهب أبى حنيفة لاقصاص فيهما ، وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان : أحدهما يقول بالقصاص ، والثانى يرى أن لاقصاص ، وحجة الأول أن لهما حداً ينتهيان إليه ، وحجة الثانى أن الشفرين لحم وليس لهما حد ينتهيان إليه(٢) .

ثانياً ـ فى إذهاب معانى الأطراف

٣٠٥ — المفروض فى تفويت منفعة الأطراف بقاء أعيانها ، فإن ذهب المعنى مع الطرف دخل الفعل تحت أيامة الأطراف ، لأن معنى الطرف يكون تابعاً للطرف فى هذه الحالة .

والأصل أنه لاقصاص فى تفويت منفعة معانى الأطراف لعدم إمكان الاستيفاء ، ولكن معظم الفقهاء لا يرون مانعاً من محاولة القصاص ، فإن أمكن الاستيفاء ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يتمكن ألزم الجانى بالدية وهم يفرقون بين ما إذا كان الفعل يجب فيه القصاص أو لايجب فيه القصاص . فإن كان فيه القصاص استوفى القصاص فى الفعل المادى ، فإن ذهبت المعانى المماثلة فقد انتهى الإشكال ، وإن لم تذهب عمل على إذهابها بطريقة إن أمكن

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٩ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير ج ٩ص ٤٤٠ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٤ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٠ . ويرى مالك وأحمد والشافعى القصاص فى الأظفار . ويرى أبو حنيفة القصاص فى حلمة الثدى دون الثدى ، وعند مالك وأبى حنيفة لاقصاص فى شعر الرأس والحاجبين والشارب واللحية .

فإن لم يكن ذلك فى الإمكان فقد امتنع القصاص لعدم إمكانه ووجبت الدية محله .

وإذا كان الفعل لا يجب فيه القصاص عمل على إذهاب المعانى بطريقة علمية إن أمكن ذلك ، فإن ذهبت المعانى فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا وجب عليه الدية بدلاً من القصاص ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد[1] ، أما أبو حنيفة فلا يرى القصاص فى الفعل ولا فى ذهاب المعنى ، ولو كان الفعل أصلا يمكن القصاص فيه كالموضحة التى تذهب البصر ، لأن القصاص على وجه المماثلة غير ممكن ، إذ الفعل الذى يراد القصاص فيه جرح مذهب لمعنى طرف ، وإحداث مثل هذا الجرح على وجه التماثل غير ممكن ، ويرى أبو يوسف ومحمد القصاص فى الفعل إذا كان مما يجب فيه القصاص وفى المعنى الدية ، وهناك رواية عن محمد عن ابن سماعة أن فى الفعل والمعنى القصاص معاً إذا كان القصاص من المعنى ممكناً كالإبصار ، أما إذا كان القصاص من المعنى غير ممكن فلا قصاص إلا فى الفعل ، ويرى بعض أصحاب الشافعى أن لا قصاص فى السراية أصلا وهو رأى مرجوح وليس هو المذهب[2] .

ويضربون مثلا لتطبيق القواعد السابقة فى حالة وجوب القصاص فى الفعل رجل ضرب آخر فشجه موضحة ذهب معها سمعه أو بصره أو شمه ، فللمجنى عليه عند مالك والشافعى وأحمد أن يقتص من الموضحة ، فإن ذهب معها السمع أو البصر أو الشم فقد أخذ حقه ، وإن لم يذهب عولج بما يذهب بصره أو سمعه أو شمه دون جناية على العين أو الأذن أو الأنف ، فإن كان إذهاب المعانى يقتضى الجناية على هذه الأعضاء لم يجز إذهاب المعانى . ويرى أبو حنيفة أن لا قصاص فى الموضحة ولا فى غيرها ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص فى الموضحة

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ـ المهذب ج ٢ ص ١٩٩ ، ٢٠٠ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٢

فقط ، ورأى محمد عن ابن سماعة ، ورأي بعض فقهاء مذهب الشافعى يرى القصاص المباشر من الموضحة ومن العين ، ولا يرى القصاص المباشر من السمع والشم لأنه غير ممكن .

ويضربون مثلا فى حالة عدم القصاص شجة وفوق الموضحة لا قصاص فيها من الجرح ، وإنما تبقى فقط محاولة إذهاب المعنى ، على أن الشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد يرون أن يقتص موضحة فقط فى هذه الحالة .

ثالثاً : القصاص فى الشجاج

٣٠٦ — لا خلاف بين الفقهاء الأربعة على أن الموضحة من الشجاج فيها القصاص لإمكان الاستيفاء على وجه المماثلة ، إذ لها حد تنتهى إليه السكين وهو العظم ، ولا خلاف بينهم أيضاً فى أنه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر الاستيفاء على وجه المماثلة . لأن الهاشمة تهشم العظم . والمنقلة تنقله من مكانه بعد هشمه ، والآمة لا يؤمن معها أن تصل السكين إلى المخ وكذلك الدامغة .

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فمختلف فيه . فمالك يرى القصاص فيها جميعاً لإمكان القصاص[1] ، وأبو حنيفة يرى طبقاً لرواية الحسن أنه لا قصاص فى الشجاج إلا فى الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص فى السمحاق ، بينما ذكر محمد فى الأصل أن القصاص واجب فى الموضحة أو السمحاق والباضعة والدامية ؛ لأن استيفاء المثل ممكن بقياس الجراحة طولا وعمقاً[2] .

ومذهب الشافعى وأحمد على أنه لا قصاص فى غير الموضحة من الشجاج ؛ لأن ما فوق الموضحة يتعذر فيه الاستيفاء على وجه المماثلة ، لكنهما يريان أن للمجنى عليه الحق فى أن يقتص ، وهى بعض حقه ، لأن مافوق الموضحة يزيد عليها فإذا اقتص موضحة فقط فقد أخذ بعض حقه ، ويرى الشافعى أن للمجنى عليه مع ذلك أن يأخذ الفرق بين دية الموضحة ودية تلك الشجة ؛ لأن تعذر

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٩

القصاص على سبيل المماثلة ينقل حقه إلى البدل فيما لم يقتص منه ، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد هذا الرأى ، ويرى البعض الآخر أن لا شىء له مع القصاص حتى لا يجتمع القصاص والدية فى عضو واحد .

أما ما قبل الموضحة من الشجاج فيرى الشافعى وأحمد أن لا قصاص فيها لأنها جراحات لا تنتهى إلى عظم فليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة ، ولا عبرة عندهما بقياس عمق الجرح ، لأن الأخذ بهذه الفكرة يؤدى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة عمقها فكذلك يجب أن يكون الحال فى غيرها[1] .

القصاص فى الجراح

٣٠٧ — اختلف الفقهاء اختلافاً بيناً فى الجراح ، فمالك يرى القصاص فى كل جراح الجسد ولو كانت مثقلة أو هاشمة ، أى ولو كانت مصحوبة بكسر فى العظام ، لأنه يرى القصاص ممكناً على وجه المماثلة ، ولا يمنع القصاص إلا إذا عظم الخطر منه كما فى عظام الصدر والعنق والصلب والفخذ ، فإذا لم يكن هناك خطر أصلا أو كان خطر لم يعظم فالقصاص واجب[2] ولا قصاص فى الجائفة .

ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص فى الجراح أصلا ، سواء كانت جائفة أو غير جائفة حيث لا يمكن الاستيفاء فيها على وجه المماثلة ، لكن إذا أدى الجرح للموت وجب فيه القصاص إن كان الجانى متعمداً القتل لأن الجراحة تصبح بالسراية نفساً[3] .

ويرى الشافعى وأحمد القصاص فى جراح الجسد إذا كان الجرح فى معنى

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦٣ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٠ .

الموضحة أى إذا كان الجرح ينتهى إلى عظم كجروح الساعد والعضد والساق والفخذ فهذه يمكن المماثلة فيها فيجب فيها القصاص . ولكن بعض أصحاب الشافعى لايرون القصاص فى جراح الجسد أيا كانت. وهو رأى مرجوح وحجتهم أن موضحة الرأس لها أرش مقدر ، أماجراح الجسد فلا ،ورد عليهم بأن الأساس فى القصاص ليس الأرش ، وإنما قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص﴾ [1] .

وأساس اختلاف الفقهاء هو اختلاف التقدير ، فمن رأى القصاص ممكناً على وجه المماثلة فى معظم الجراح كمالك قال به . ومن رآه غير ممكن أصلا كأبى حنيفة قال لا قصاص ، ومن رآه ممكناً فى الإيضاح فقط كالشافعى ومالك قال بالقصاص فيما أوضح العظم من الجراح فقط .

القصاص فى القسم الخامس

٣٠٨ — إذا لم يذهب الاعتداء بطرف أو بمعناه ولم يحدث شجة ولا جرحا فلا قصاص طبقاً لرأى أغلب الفقهاء . فاللطمة والوكزة والوجأة . وضربة السوط والعصا لا قصاص فيها إذا لم تترك أثراً [2]

ويستثنى مالك السوط ، ويرى القصاص فى ضربة السوط ولو لم يحدث جرحاً أو شجة ، ولكنه لا يرى القصاص فى اللطمة وضربة العصا إلا إذا تركت جرحاً أو شجة [3] ويرى شمس الدين بن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة القصاص فى اللطمة والضربة بقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ فأمر بالمماثلة فى العقوبة والقصاص . فالواجب أن يفعل بالمعتدى كما فعل فإن لم يمكن كان الواجب ما هو الأقرب والأمثل. وسقط ما عجز عنه العبد من المساواة من كل وجه ، ولا ريب أن اللطمة باللطمة والضربة بالضربة أقرب إلى المماثلة المأمور بها

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ١٩٠ ــ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٤٦٠

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٩ ، (٣)مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ المدونة جـ ٦ ص ٢٣٩ ــ الاقناع جـ ٤ ص ١٩٠

حساً وشرعاً من التعزير بغير جنس اعتدائه ، وقدره وحقيقته ، وقد استدل على صحة رأيه بأن أحمد بن حنبل قال بالقصاص من اللطمة والضربة ، وأن أبا بكر وعثمان وعليا وخالد بن الوليد أقادوا من لطمة ، وأن عمر بن عبد العزيز أقاد رجلا صفعه آخر حتى سلح[1] ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد القصاص من اللطمة إذا ذهبت بضوء العين[2] ولكنهم لا يرون القصاص فى اللطمة وحدها .

استيفاء القصاص

٣٠٩ - مستحق القصاص : مستحق القصاص فيما دون النفس هو المجنى عليه دون غيره وله أن يستوفى القصاص إذا كان بالغاً عاقلا . فإن لم يكن كذلك فيرى مالك وأبو حنيفة أن يقوم مقامه فى الاستيفاء الولى أو الوصى[3] وهذا الرأى يأخذ به بعض الفقهاء فى مذهب أحمد .

ويرى الشافعى وأغلب الفقهاء فى مذهب أحمد أن الولى والوصى ليس لهما أن يستوفيا قصاصاً استحق للصغير أو المجنون ، لأن القصاص للتشفى ، ولا يتوفر هذا المعنى فى قصاص الولى والوصى . فينتظر بلوغ الصغير وإفاقة المجنون[4]

ويعطى مالك للولى والوصى والقيم حق الاستيفاء فى النفس وفيما دونهما ويعطى أبو حنيفة للولى حق الاستيفاء فى النفس ، وللولى والوصى والقيم حق الاستيفاء فيما دون النفس ، ويعلل ذلك بأن تصرف الوصى لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة فى حق الصغير لقصور فى الشفقة الباعثة عليه بخلاف الأب والجد ولذا لا يلى استيفاء القصاص فى النفس ، أما ما دون النفس فيسلك بهما مسلك

---

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢ وما بعدها.
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٩ المغنى ج ٩ ص ٤٢٨
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٢ .
(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ - مهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

الأموال، وللوصى ولاية استيفاء المال . فأخيرُ له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس ، لأنه فى حكم استيفاء المال[1].

٣١٠ – هل يحبس الجانى إذا أخر القصاص ؟ ومن يرى تأخير القصاص حتى البلوغ أو إفاقة المجنون لا يرى حبس الجانى حتى البلوغ أو الإفاقة ما دامت الجناية على ما دون النفس ، بل يطلق سراح الجانى ، أما إذا كانت الجناية على النفس فيحبس الجانى ، ويترتب على هـذا أنه لو أطلق سراح الجانى ثم مات المجنى عليه بالسراية . تعين حبس الجانى ،لأن الجناية أصبحت نفساً[2].

٣١١ – مدى سلطة الولى والوصى : تتأثر سلطة الولى والوصى طبقاً لاختلاف وجهة نظر الفقهاء فى عينية القصاص ، فمن رأى أن القصاص واجب عيناً وأن الدية لا تجب بتنازل المجنى عليه عن القصاص على الدية. وإنما تجب برضاء المجنى عليه ، من رأى هذا كمالك وأبى حنيفة منعا الولى والوصى من العفو، لأن العفو لا يكون إلا من صاحب الحق ، والحق للصغير والمعتوه وليس لهما ، وإنما لهما ولاية استيفاء حق وجب للصغير ، وولايتهما مقيدة بالنظر للصغير ، والعفو ضرر محض ، لأنه إسقاط دون مقابل . وإنما يجوز للولى والوصى الصلح على القصاص مقابل مال بشرط أن لا يقل عن الدية أو الأرش ، فإن صالحا على أقل من ذلك كان للصغير والمجنون الرجوع على الجانى بما نقص من الدية أو الأرش ، ويقيد مالك الرجوع على الجانى بأن لا يكون معسراً وقت الاتفاق ، وإذا رجع المجنى عليه على الجانى لم يكن للجانى أن يرجع على الولى أو الوصى بما رجع عليه به المجنى عليه[3].

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٤ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ ، ٢٨٨ الدردير ص ٢٢٠ البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) المراجع السابقة .

والشافعى وأحمد لا يريان أن للولى حق الاستيفاء ، ولا يجعلان للوصى أو القيم دخلا فى هذا الحق ، ولكنهما يعطيان الولى حق العفو عن القصاص إلى الدية ، ولا يعطيانه حق العفو مجاناً ولولى المجنون أن يعفو على المال عند البعض بالشرط السابق . وليس له العفو عند البعض لأن نفقته فى بيت المال[1].

٣١٢ - هل يصح قصاص الصغير والمجنون ؟ : العلة فى منع الصغير والمجنون من الاستيفاء قبل البلوغ والإفاقة ، أن القصاص حق ، وأن استعماله يقتضى الأهلية فيمن يستعمله ، فإذا وثب الصغير أو المجنون بالجانى ففعلا به مثل ما فعل بهما كأن كان الجانى قطع يد الصغير فقطع الصغير يده ، فيرى البعض أنه يصير مستوفياً لحقه لأن عين حقه أتلفه ، فأشبه مالو كانت له وديعة عند رجل فأتلفها ، فإن المودع لديه لا يسأل عن الوديعة - ويرى البعض أن لا يعتبر مستوفياً لحقه لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، ويعتبر جانياً على الجانى ، وعلى الأخير أن يؤدى للصغير أرش يده ويرجع على عاقلة الصغير بأرش يده هو لأن عمد الصغير خطأ[2].

٣١٣ - من يلى الاستيفاء ؟ لا يستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضرة السلطان وتحت إشرافه ، لأن القصاص فيما دون النفس يحتاج إلى الاجتهاد ويسهل فيه الحيف ولا يؤمن أن يحيف المقتص فوجب أن يكون تحت إشراف السلطان .

ومذهب أبى حنيفة وهو وجه فى مذهب أحمد ، جواز الاستيفاء من المجنى عليه فيستوفى المجنى عليه لنفسه ، إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه وكل عنه من يحسنه ، لأن القصاص حق له فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ، والمقصود من القصاص التشفى ، وتمكين المجنى عليه من القصاص أبلغ فى التشفى ، ولكن لما كان استعمال الحق يحتاج إلى خبرة خاصة ،

---

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٨٤ - والمهذب ج ٢ ص ٢٥٠ - والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ - والمهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

فإن المجنى عليه لا يمكن منه إلا إذا توفرت فيه هذه الخبرة ، فإن لم تتوفر وكل عنه خبيراً بالقصاص ، والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لا يرون مانعاً من تعيين رجل بأجر من بيت المال يكون خبيراً بالقصاص ، مهمته أن يستوفى نيابة عن المجنى عليه من الذين لا يحسنون الاستيفاء[1] .

ويرى مالك والشافعى -ورأيهما وجه فى مذهب أحمد- يرون بأن المجنى عليه ليس له أن يستوفى فيما دون النفس بأى حال ، سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بمالا يمكن تلافيه وإنما يتولى القصاص فى النفس من يُحْسِنُهُ من الخبراء ، ويقول مالك فى ذلك « أحب إلى أن يولىّ الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلا » وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً بمهمة القصاص فيما دون النفس[2] .

كيفية الاستيفاء فى الشجاج والجراح : ذكرنا أن الاستيفاء فى الشجاج والجراح يكون بالمساحة ، فيراعى طول الجراح وعرضها عند الشافعى وأحمد ولا يراعى العمق ، أما مالك وأبو حنيفة فيراعون العمق فوق مراعاة الطول والعرض والفرق بينهما وبين الشافعى وأحمد : أن الأولين يقولان بالقصاص من الشجاج قبل الموضحة كلها أو بعضها ، أما الأخيران فيقولان بالقصاص من الموضحة فقط ، ولما كانت الموضحة هى التى توضح العظم أى تظهره . فليس هناك ما يدعو لقياس العمق ، لأن حد الجراحة هو إيضاح العظم أى إظهاره ، أما ما قبل الموضحة فليس له حد فى عمقه معين ، فاشترط قياس عمق الجرح لتحقق التماثل بين فعل الجانى والمقتص والقاعدة عند الشافعى وأحمد اعتبار كل العضو

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٩

ولا يتقيد الشافعى وأحمد عند الاستيفاء بمكان الشجة والجراحة من العضو المصاب مادام هذا المكان فى عضو الجانى لايتسع للقصاص ، ويعتبران عضو الجانى كله ، أعلاه وأسفله ، ووجهه وظهره محلا للقصاص حتى تستوفى الجراحة المماثلة طولا وعرضاً ، ولكنهما يشترطان أن يبدأ من حيث بدأ الجانى إذا كانت الجراحة لاتأخذ كل العضو وأن لاينتقل القصاص من عضو إلى عضو آخر فإذا لم يتسع عضو الجانى كله لمثل الجراحة التى بعضو المجنى عليه . اكتفى بما اتسع له عضو الجانى فقط . وهذا لايظهر إلا إذا كان عضو الجانى أصغر من عضو المجنى عليه أما إذا كانت مثله فالاستيفاء فى نفس المحل .

فمثلا إذا كانت رأس الشاج أصغر من رأس المشجوج ، وكانت الموضحة فى مقدم الرأس أو فى مؤخره أو قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الشاج لم يستوف فى غيرها . وإن كان قدرها يزيد على مثل موضعها من رأس الشاج استوفى بقدرها ، وإن جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع رأس ، فإن كانت فى مقدم الرأس فلم يتسع لها مقدم الرأس استوفى بقية الشجة فى جانب الرأس وإن كان قدرها يزيد على كل رأس الجانى لم يجز أن ينزل إلى الوجه والقفا لأنه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه وهو الرأس وإن أوضح الجانى كل رأس المجنى عليه ، ورأس الجانى أكبر من رأس المجنى عليه ، بدأ المجنى عليه بالقصاص من أى جانب شاء ، لأن الرأس جميعها محل للجناية ، وإن أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس ، وبعضه من مؤخره فهنالك رأيان : رأى يقول بعدم جوازه لأنه يأخذ موضحين بموضحة ، ورأى يقول بالجواز مادام لايجاوز قدر الجناية وموضعها وهو الرأس ، إلا أن يقول أهل الخبرة إن فى ذلك زيادة ضرر أو شين .

أما إذا كان رأس الجانى هو الأكبر فللمجنى عليه أن يستوفى مثل شجته فى مكانها . وهذا هو رأى الشافعى وأحمد[1] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٠ ـ المغنى ج٩ ص ٤١٤ وما بعدها ـ مواهب الجليل ص٢٤٦ شرح الدردير ص ٢٢٣ .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الاستيفاء بحسب طول الشجة وعرضها ما أمكن بشرط أن لا يؤدى القصاص إلى إحداث شين الجانى أكثر من شين المجنى عليه فإذا أخذت الشجة مابين قرنى المشجوج وكانت تزيد على مابين قرنى الشاج لصغر رأسه فليس للمشجوج أن يزيد على مابين قرنى الشاج وله أن يأخذ الأرش إن شاء ، وكذلك لو كانت الشجة لاتستوعب مابين قرنى المشجوج فله أن يقتصها غير مستوعبة وإن شاء الأرش (١) .

كيفية القصاص فى الجراح : لاقصاص فى الجراح عند أبى حنيفة . ويرى أحمد والشافعى القصاص فيما أوضح العظام ، أما مالك فيرى القصاص فى كل الجراح ما أمكن القصاص مالم تكن مخوفة . والقاعدة التى أخذ بها مالك والشافعى وأحمد فى الشجاج هى قاعدتهم فى الجراح .

كيفية القصاص فى الأطراف : القاعدة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن لاقصاص إلا من المفصل فى الأطراف أما مالك فيجيز القصاص من غير مفصل لأنه يجيز القصاص من العظام. فإذا كان القطع من غير مفصل فلا قصاص إلا عند مالك ، لكن الشافعى وأحمد لا يريان مانعاً من القصاص من أول مفصل داخل فى الجناية ، ولا يرى ذلك أبو حنيفة .

٣١٤ — **كيفية الاستيفاء** : لايستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ، ولايستوفى بآلة يخشى منها الزيادة ولو كانت هى الآلة المستعملة فى الجريمة ،ولا يقاس الاستيفاء فى الجراح بالاستيفاء فى القتل لأن القتل اشترط فى استيفائه السيف، لأن السيف آلة القتل وليس ثمة شىء يخشى التعدى إليه ، فيجب أن يستوفى مادون السيف بالآلة الملائمة للقصاص ، ويتوقى مايخشى منه الزيادة إلى محل لايجوز استيفاؤه ، ولقد

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١١ .

منعنا القصاص كلية فيما تخشى الزيادة فى استيفائه ، فلأن يمنع الآلة التى يخشى منها الزيادة أولى ، فإن كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فيقتص بالموسى أو بحديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى إلا من له علم كما قدمنا كالجراح ومن فى حكمه ، وإن كان على موضع الجراحة شعر حلق ، ثم تقاس الشجة بخشبة أو بخيط ويعلم طولها ، ويقاس مثلها فى رأس الشاج وتعلم بخط بسواد أو بغيره ، ثم تؤخذ حديدة عرضها عرض الشجة فيضعها فى أول المكان المعلم بالسواد ثم يجرها إلى آخره ، وإن كان الفعل قطعاً من مفصل قطع الجراح مفصل الجانى بأرفق وأسهل مايقدر عليه ، وهكذا يراعى فى الاستيفاء أن يكون بما يؤمن معه الحيف والتعذيب . وأن يكون بآلة ماضية معدة للاستيفاء وأن يكون الاستيفاء من خبير يأتى به على أرفق وجه وأسهله[١] .

وكل ذلك إنما هو تطبيق لشرط التماثل وأخذاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « إن الله كتب الإحسان على كل شىء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

ولا يقتص من الجانى فى حر شديد ولا برد شديد حتى لا يكون للقصاص أثر على الجسم غير عادى ، ولا يقتص من الجانى وهو مريض حتى يشفى من مرضه ، ويعتبر النفاس مرضاً حتى تنتهى أيامه ، وإذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه من الموت سقط الحد ووجبت عليه الدية[٢]

ولا قصاص فيما دون النفس على حامل حتى تضع حملها ولو كان الحمل بعد الجناية[٣] .

---

(١) مواهب الجليل ص ٢٥٤ – بدائع الصنائع ص ٣٠٩ – مهذب ج ٢ ص ١٩٩ – المغنى ج ٩ ص ٤١٢ .

(٢) مواهب الجليل ص ٢٣٥ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

٣١٥ – الاستيفاء عند تعدد المستحقين : إذا تعدد المستحقون وكان محل حق كل منهم غير محل الآخر فلكل منهم أن يستوفى حقه فى أى وقت يشاء . حيث لا يتوقف استيفاء حقه على استيفاء الآخرين .

أما إذا تعدد المستحقون لمحل واحد كأن قطع رجل يمنى رجلين . فإن محل القصاص للمجنى عليهما هو يمين الجانى . وحكم هذه الحالة عند مالك ، أنه إذا حضر المجنى عليهما معاً أو حضر أحدهما وتغيب الآخر فإن يد الجانى تقطع وليس لهما شىء غير ذلك ، وهذا تطبيق لنظريته فإن القصاص واجب عيناً ، وإن حقهما تعلق بقطع يد الجانى ، فإذا قطعت فقد انتهى حقهما[1] .

وتقول نظرية مالك : إنه إذا استحق أكثر من واحد القصاص من عضو اقتص من العضو ولو طلب أحدهم القصاص فقط ويسقط حق الباقين . وإذا استحق أكثر من واحد القصاص فى عضو واحد واختلفت حقوقهم . بأن استحق أحدهم كل العضو واستحق بعضهم بعض العضو . كان قطع لواحد السبابة اليمنى ، وللثانى أصابعه ، وللثالث يده من المعصم ، وللرابع يده من المرفق فكل هؤلاء يستحقون فى يد المرفق . فتقطع اليد من المرفق لهم جميعاً . ولا شىء لهم مالم يكن الجانى قصد المثلة بهم فيقتص للأول فى السبابة ثم تقطع بقية أصابعه، ثم تقطع اليد من المرفق .

ويرى أبو حنيفة أنهما إذا حضرا جميعاً فلهما أن يقطعا يمين الجانى ويأخذا منه دية يديهما نصفين لأنهما استويا فى سبب الاستحقاق . وقد وجب قطع اليد فى حق كل واحد منهما ، فيستحق كل منهما قطع يده ، ولا يحصل من كل منهما فى يد واحدة إلا قطع بعضها ، فلم يستوف كل واحد منهما بالقطع إلا بعض حقه فيستوفى الباقى من الأرش .

وهذا الرأى تطبيق لنظرية أبى حنيفة فى وجوب القصاص عينا ، تلك

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٨ .

النظرية التى قيدها فى حالة زوال محل القصاص بحق فيما دون النفس [1].

وتقول نظرية أبى حنيفة : إنه إذا تجمعت حقوق فى عضو وجب استيفاء حق كل واحد بالقدر الممكن . بغض النظر عن أسبقية الاستحقاق ، فإذا وجد مع ذلك حق أحد المستحقين ناقصاً خير بين القصاص والدية ولا شىء له إذا اقتص وإذا لم يتمكن أحد المستحقين من القصاص فله الدية

أما الشافعى فيرى أنه إذا قطع أكثر من واحد فيقتص منه للأول وللباقين الدية وإن سقط حق الأول بعفو أو صلح مثلا اقتص للثانى وهكذا إذا اقتص لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية ، لأن القود فاتهم بغير رضاهم . وإذا قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال فلم يعرف من قطع الأول . أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له وتعين حق الباقين فى الدية [2] .

وحجة الشافعى أن الجانى إذا قطعت يده لأحد المستحقين صارت حقا له ، ولا يمكن أن تكون مع ذلك حقاً لغيره فوجبت الدية للغير ، والشافعى يطبق هنا نظريته فى القتل .

أما أحمد فيطبق أيضاً نظريته فى القتل ويرى أن المجنى عليهم إذا اتفقوا على قطع الجانى قطع لهم جميعاً ، ولا شىء لهم فوق ذلك ، لأن حقهم فى القطع وقد رضوا به ، فإن أراد أحدهم القود وأراد الباقون الدية قطع لمن أراد القود وتعين حق الباقين فى الدية [3] .

وأساس نظرية الشافعى وأحمد أنه : إذا تجمعت حقوق فى طرف واحد استوفى الحقوق كلها بالقدر الممكن بشرط تقديم الأسبق فى الاستحقاق ، وإذا وجد حق أحد المستحقين ناقصاً ، خير بين القصاص والدية ، ولا شىء له إذا اقتص عند بعض فقهاء مذهب أحمد ، وله أرش الناقص عند الشافعى وبعض الفقهاء ،

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٤٩ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ .

(٣) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٣ — المغنى ج٩ ص ٤٤٩ .

وإذا لم يتمكن أحد المستحقين مع ذلك مع القصاص فله الدية .

وإذا بادر أحدهم فقطعه فقد استوفى حقه ولا شيء للآخرين عند مالك ولهم الدية عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد .

٣١٦ - هل يمكن قطع أطراف الجاني قصاصا ؟ إذا استحقت كل أطراف الجاني قصاصاً اقتص منه في جميعها بعكس ما عليه في تنفيذ الحدود فإذا قطع الجاني يدى رجل ورجليه قطعت يداه ورجلاه لأنه المثل ، ولأن استيفاء المثل ممكن . ولو قطع يمين رجل ويسار آخر قطعت يمينه لصاحب اليمين . وقطعت يساره لصاحب اليسار لأن هذا يحقق المماثلة . وهكذا يقطع من الجاني طرف بعد طرف كلما استحق ولم يكن ثمة مانع يمنع القصاص [١] .

٣١٧ - إذا قطع أصبع شخص من المفصل من اليد اليمنى مثلا ثم قطع اليمنى لشخص آخر . فيرى مالك أن تقطع اليد اليمنى فقط ولا يقطع الأصبع إلا إذا كان الجاني قد قصد المثلة فيقطع الأصبع ثم تقطع بعد ذلك اليد وفي الحالين لا شيء للمجنى عليهما ، لأن حقهما معلق بالقصاص دون غيره وقد اقتص من الجاني [٢] ويرى أبو حنيفة أنهما إذا جاءا يطلبان القصاص مجتمعين ، يقتص أولا في الأصبع لأننا لو بدأنا بالقصاص في اليد أبطلنا حق صاحب الأصبع في القصاص ، ولو بدىء بالأصبع لم يبطل حق صاحب اليد في القصاص ، لأنه يمكن من استيفائه مع النقصان ويخير صاحب اليد بين القصاص والدية ، لأن الكف صارت معيبة بقطع الأصبع فوجد حقه ناقصاً فيثبت له الخيار كالأشل إذا قطع يد الصحيح ، وإذا جاءا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولا اقتص له حتى إذا جاء صاحب اليد خير على الوجه السابق ، أما إذا جاء صاحب اليد أولا اقتص له ، لأن حقه ثابت في اليد ولا يجوز منعه من استيفاء حقه لحق غائب يحتمل أن يحضر ويطالب ، ويحتمل أن لا يحضر ولا يطالب ، فإن جاء

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٠ .

(٢) المواهب جـ ٦ ص ٢٥٦ – الدردير ص ٢٣٦ .

صاحب الأصبع بعد ذلك أخذ الأرش لتعذر استيفاء القصاص[1] .

ويرى الشافعي وأحمد أنهما إذا حضرا معا قدم فى القصاص صاحب الأسبقية فى الاستحقاق ، فإن كان قطع الأصبع أسبق ، قطعت أصبعه قصاصاً ، وخير صاحب اليد بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد ، أن له القصاص فقط وليس له دية الأصبع كما هو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع فى عضو واحد بين قصاص ودية ـ وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها[2] .

ويقاس على ما سبق ما لو قطع أصبع رجل من مفصل ثم قطع أصبع آخر من مفصلين ثم قطع أصبع ثالث كلها . وذلك كله فى أصبع واحدة كالسبابة مثلا .

فعند مالك تقطع السبابة لهم جميعاً ولا شيء لهم إلا إذا كان الجانى قد قصد المثلة بهم فيقطع المفصل الأول للأول ، والمفصل الثانى للثانى والمفصل الثالث للثالث . وعند أبى حنيفة إن جاؤوا جميعا يقطع المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى . ثم يخير صاحب المفصلين ، إن شاء استوفى حقه قصاصا من المفصل الأوسط ولا شيء له من الأرش ، وإن شاء أخذ ثلثى دية أصبعه كاملة من مال القاطع ويسلك أبو حنيفة هذه الطريقة لأن حق كل واحد من المجنى عليهم فى مثل ما قطع منه ، فيجب إيفاء حقوقهم بقدر الأمكان وذلك فى البداية بما لا يسقط حق بعضهم ، فالبداية بقطع المفصل الأعلى لا تسقط حق الآخرين فى القصاص أصلا لإمكان استيفاء حقيهما من النقصان ، ولكن البداية بالقصاص لصاحب الأصبع تسقط حق صاحب المفصل وصاحب المفصلين ، أما إذا جاؤوا متفرقين فإن جاء صاحب الأصبع أولا قطعت له الأصبع ، فإذا جاء الآخران فلهما أرش ما قطع منهما ، وإن جاء صاحب المفصلين أولا يقطع له المفصلان ، ولصاحب المفصل الأعلى

---

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٢ .

الأرش ، ولصاحب الأصبع الخيار بين أن يقتص من المفصل الباقى ولا شىء له، وإن شاء أخذ دية الأصبع . و إذا جاء صاحب المفصل أولا ، فهو كما لو جاؤوا معاً [١] .

أما الشافعى وأحمد فعندهما يقتص أولا لمن جنى عليه أولا ، فإن كان صاحب الأصبع هو الذى جنى عليه أولا اقتص له وللآخرين الأرش فيما قطع منهما ، و إن قطع صاحب المفصلين أولا اقتص له و لصاحب المفصل أرش ما قطع منه ، وخير صاحب الأصبع بين أن يقتص فى المفصل الباقى ويأخذ أرش مفصليه عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد أو يقتص فقط ولا شىء كما يرى بعض فقهاء مذهب أحمد وبين أن يأخذ دية أصبعيه كاملة . وإذا قطع صاحب المفصل أولا اقتص له ، فإذا كان صاحب الأصبع هو الثانى خير على الوجه السابق ، فإن اقتص تعين حق صاحب المفصلين فى الدية ، وإن أخذ الدية ولم يقتص خير صاحب المفصلين بين أن يقتص من مفصل واحد على الوجه السابق وما فيه من خلاف وبين أخذ الدية ، وإن كان صاحب المفصلين هو الثانى فى القطع خير بين القصاص والدية ثم خير بعده صاحب الأصبع [٢] .

ويقاس على ما سبق قطع اليد اليمنى لشخص من المعصم وقطع نفس اليد لآخر من المرفق .

٣١٨ - تكرر أفعال الجانى: وإذا قطع المفصل الأعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل الثانى منها ، فيرى مالك القصاص من المفصل الثانى إلا إذا كان الجانى يقصد المثلة فيقطع المفصلان واحداً بعد واحد [٣] .

ويرى أبو حنيفة القصاص فى المفصل الأول ولا قصاص عنده فى المفصل الثانى وعليه أرشه وكذلك الحكم عنده لو قطع أصبع رجل ثم قطع كفه بعد ذلك ، أو لو قطع الكف ثم قطع الساعد فعليه القصاص فيما قطعه أولا فقط

---

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠١ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ - المهذب ج ٢ ص ١٩٦ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٦ - بدائع الصنائع ٣٠١ .

وحجة أبى حنيفة أنه حين القطع الأول كان هناك تماثل بين المجنى عليه والجانى أما فى القطع الثانى فلم يكن التماثل متحققا لأن المجنى عليه كان مقطوعاً والجانى سليما . ولكن محمداً وأبا يوسف يفرقان بين ماإذا كان القطع الثانى قبل برء الأول أو بعد البرء ، فإن كانت قبل البرء فالفعلان جناية واحدة والقصاص من القطع الثانى . وإن كانت بعد البرء فهما جنايتان متفرقتان ويجب القصاص فى الأولى دون الثانية[1] .

والقياس عند الشافعى وأحمد يؤدى إلى مثل رأى أبى يوسف ومحمد أما إذا كان القطع الثانى بعد القصاص من قطع المفصل الأول ، فالمماثلة متوفرة والقصاص فى الثانى لاخلاف فيه .

وإذا قطع غيره المفصل الأعلى ، ثم جاء الجانى فقطع المفصل الثانى فلاقصاص فى المفصل الثانى اتفاقاً لانعدام المساواة بين أصبع القاطع الثانى والمقطوع[2] .

وإذا قطع الجانى نصف المفصل الأعلى ثم عاد فقطع النصف الثانى لهذا المفصل فإن كان القطع الثانى بعد برء الأول ، فهما جنايتان مستقلتان ولا قصاص فيهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد حيث لاقصاص عندهم فى غير مفصل ، أما عند مالك فعليه القصاص فى الجنايتين لأن القصاص فى العظام عنده واجب إذا كان ممكنا وغير مخوف ، وإذا كان القطع الثانى قد برء الأول فعند مالك القصاص من القطع الثانى فقط مالم يكن الجانى قد قصد المثلة فيقتص من القطعين ، وعند أبى حنيفة أيضاً يقتص من القطع الثانى ، لأن الفعلين يعتبران جناية واحدة ، والقطع الثانى من مفصل ، وليس فى مذهب الشافعى وأحمد مايخالف رأى أبى حنيفة[3] .

وإذا قطع من رجل يمينه من المفصل فاقتص منه ثم إن أحدهما بعد ذلك

---

(١) بدائع الصنائع ٣٠١ .
(٢) بدائع الصنائع .
(٣) البدائع جـ ٧ ص ٣٠٢ .

قطع من الآخر الذراع من المرفق فلا يرى أبو حنيفة القصاص ، لأن القصاص فيما دون النفس عنده يقتضى المساواة فى الأرش ، لأنه يسلك بما دون النفس مسلك الأموال ، وفى هـذه الحالة لا يعرف التساوى ، لأن الذراع ليس له أرش مقدر ، ويخالفه أبو يوسف وزفر ويقولان بالقصاص للتساوى والمماثلة ، ولأن القطع من مفصل [١] .

وعند مالك والشافعى وأحمد القياس يقتضى القصاص ، لأنهم لا يسلكون بالأطراف مسلك الأموال ، ولا يشترطون التساوى فى الأرش .

٣١٩ - التداخل : معنى التداخل هو أن يدخل قصاص تحت آخر ويعتبر منفذاً بتنفيذ هذا الآخر ، فلو قطع الجانى يد رجل ثم قتله ، فيرى مالك أن القصاص فى الطرف يدخل فى القصاص فى النفس ، فلا يقتص فى الطرف اكتفاء بالقصاص فى النفس إلا إذا كان الجانى قد قطع بقصد المثلة ففى هذه الحالة فقط يقتص من الطرف قبل القصاص من النفس [٢] .

ويرى أبو حنيفة والشافعى أن اليد لا تدخل فى النفس سواء كان القتل بعد برء القطع أو قبله ، وللولى الخيار إن شاء قطع يده ثم قتله وإن شاء اكتفى بالقتل ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن اليد تدخل فى النفس إذا كان القطع قبل البرء ، لأن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس ، بل يدخل ما دون النفس فى النفس ، أما إذا برىء القطع قبل القتل فلا تدخل اليد فى النفس لأن حكمها استقر قبل القتل [٣] .

وفى مذهب أحمد اتفاق على أن القطع إذا برىء قبل القتل فلا يدخل مادون النفس فى النفس ، أما إذا كان القتل قبل برء القطع فقد اختلفوا ، ففريق يرى

---

(١) نفس المرجع السابق.
(٢) الدردير ج ٤ ص ٢٣٦
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٣ - المهذب ج ٢ ص ١٩٥.

دخول ما دون النفس فى النفس وفريق يرى أنه لا يدخل .

وإن قطع يد رجل وقتل آخر ، فعند مالك يندرج الطرف فى النفس ، فيقتل فقط ولا تقطع يده .

وعند أبى حنيفة والشافعى وأحمد تقطع يده أولا سواء تقدم القطع أو تأخر لأن تقديم القتل يسقط من المقطوع ، وإذا تقدم القطع لم يسقط حق المقتول والقاعدة أنه إذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز إسقاط إحدهما [١]

وإذا كان أحد الفعلين عمداً والثانى خطأ فلا تداخل ، واعتبر كلا منهما بحكمه ، سواء كان الثانى بعد برء الأول أو قبله ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، فلا يحتملان التداخل ويعطى لكل جناية حكمها ، ففى العمد القصاص ، وفى الخطأ الدية [٢] .

أما إذا كان الفعلان خطأ أو شبه عمد ، فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان القتل بعد برء القطع أم قبله ، ويدخلون الأطراف فى النفس إذا كان القتل قبل البرء ولا يدخلون الأطراف فى النفس إذا كان القتل بعد البرء ، فمن قطع يد شخص ثم قتله قبل البرء ألزم بدية واحدة ، ومن قطع شخصاً ثم قتله بعد برء القطع ألزم بأرش اليد ودية النفس ، ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى : أن الطرف لا يدخل فى النفس سواء كان القتل بعد البرء أو قبله ، لأن الجناية على الطرف انقطعت سرايتها بالقتل ، فلا يسقط ضمانها كما لو اندملت . ولكنه رأى مرجوح فى المذهب [٣] .

وإذا تعدد الجناة فقطع أحدهم يده مثلا والثانى رجله ثم قتله ثالث ، فلا يدخل ما دون النفس فى النفس كيفما كان بعد البرء أو قبله ، لأن التداخل أساسه أن يكون الفاعل واحداً .

---

(١) المغنى ص ٣٩٦ وتراجع ص ٣٨٦ .
(٢) البدائع ج ٧ ص ٣٠٣ .
(٣) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٦ ـ المغنى ج ٩ ص ٣٨٧ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٥ ـ

٣٢٠ - **السراية** : السراية هى أثر الجرح فى النفس أو فى عضو آخر ، فإن لم يؤثر الجرح على النفس أو عضو آخر غير محله فلا سراية ، وإذا سرى الجرح إلى النفس ، قيل إن هناك سراية النفس ، وهو ما نسميه إفضاء للموت . وإذ سرى إلى عضو آخر قيل إن الجرح سرى إلى عضو آخر ، والسراية إما أن تكون من فعل مأذون فيه أو مباح أو من فعل محرم .

٣٢١ - **السراية إلى النفس من فعل محرم** : إذا جنى على ما دون النفس فسرى إلى النفس فهو قاتل متعمد عليه القصاص إن كان متعمداً القتل ، لأنه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين أن الفعل وقع قتلا من حين وجوده ، وإذا لم يكن متعمداً القتل فلا قصاص ، لأن الفعل قتل شبه عمد ، ولا قصاص فى شبه العمد

٣٢٢ - **السراية إلى النفس من فعل مباح أو مأذون فيه** : هناك أفعال مأذون فيها وأفعال مباحة ، فلو أتى الإنسان فعلا من هذه الأفعال فسرى إلى النفس ، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان المأذون فيه أو المباح النفس وما دونها، فإن كانت النفس مباحة كالمهدر دمه أو مأذوناً فى إتلافها كالمحكوم عليه بالقتل قصاصا فلا عقوبة على الجرح إذا سرى إلى النفس ولا عقوبة عليه من باب أولى إذا لم يسر للنفس ، وهذا مسلم به من الجميع ، إلا أنهم اختلفوا فى حالة ما إذ استحق شخص قتلا قصاصا على آخر ، فقطع يده ثم عفا عنه بعد ذلك فرأى مالك وأبى حنيفة أن العافى مسؤول عن قطع اليد ، ورأى الشافعى وأحمد ومعهما أبو يوسف ومحمد أن لا مسؤولية عليه وقد بينا أدلة الفريقين من قبل فى العفو عن النفس .

أما إذا كان المباح أو المأذون فيه هو فيما دون النفس ، كقطع يد السارق أو قطع عضو من الجانى قصاصا أو تأديب الزوجة والإبن والتلميذ ، فقد اختلف نظر الفقهاء فى مسؤولية الجانى ، وسنبين فيما يأتى تفصيل ذلك .

تكلمنا فيما سبق على استعمال الحق وأداء الواجب فلا يفيد القول فيه ، وبقى بعد ذلك أن نتكلم على سراية القود .

٣٢٣ — **سراية القود** : إذا اقتص شخص من طرف الجانى فسرى القصاص إلى نفس الجانى ومات فلا مسؤولية على المقتص عند مالك والشافعى وأحمد ، لأن السراية من فعل مأذون فيه ولا عقوبة عليه وما تولد عن المأذون فيه يعتبر مأذونا فيه ضمنا فلا عقاب عليه ، وبذلك قضى عمر وعلى رضى الله عنهما ، فعندهما أن من مات من حد أو قصاص لا دية له ، وشأن القصاص شأن الحد فى السرقة ، فإنه قطع مستحق مقدر ، فإذا لم تضمن سرايته فى السرقة فلا تضمين فى القصاص .

ويرى أبو حنيفة أن من قطع طرف آخر قصاصا فمات من ذلك ضمن ديته لأنه استوفى غير حقه إذ حقه القطع . وهو قد أتى بالقتل ، لأن القتل اسم لفعل يؤثر فى فوات الحياة عادة وقد وجد ، وكان القياس أنه يجب القصاص ، إلا أنه سقط للشبهة الناشئة عن استحقاق الطرف فدرىء القصاص ووجبت الدية ، ويرى أبو حنيفة أن الأمر فى إقامة حد السرقة لا يختلف عن هذه الحالة إلا أن الضرورة إلى عدم إيجاب الضمان على الإمام ، لأن إقامة الحد واجب عليه ، والتحرز عن السراية ليس فى وسعه ؛ فلو أوجب عليه الضمان لامتنع الأئمة عن إقامة الحدود ، وفى تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام ، أما القطع قصاصا فليس بواجب على مستحق القصاص دائما لأنه حقه وهو حر بالخيار فيه ، إن شاء قطع وإن شاء عفا ، والأولى به العفو لأن الله قد ندب إليه ، فليس ثمة ضرورة توجب إسقاط الضمان . ويرى أبو يوسف ومحمد أن لا ضمان على المقتص(١) .

٣٢٤ — **السراية إلى مادون النفس** : إذا كان الفعل مباحاً أو مأذوناً فيه فسرى إلى مادون النفس ، كأن قطع أصبعاً قصاصاً فشلت اليد ، أوضرب زوجته

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٣ – بدائع الصنائع ص ٣٠٥ – المهذب ج ٢ ص ٢٠٢

على ذراعها فأتلفه ، فالحكم هو ماذكر فى السراية إلى النفس على الاختلاف والوفاق الذى ذكر من قبل .

أما إذا كان الفعل غير مباح ولا مأذون فيه ، فيفرق بين ما إذا كانت السراية لمعنى أو لعضو .

٣٢٥ — السراية لمعنى : إذا كان الاعتداء على طرف فسرى إلى طرف آخر فأذهب معناه مع بقاء الطرف الآخر سليماً فالحكم يختلف بحسب ماإذا كان فعل الجانى يجوز فيه القصاص أو لا يجوز .

فإذا كان يجوز فيه القصاص كما لوشجه موضحة فأذهب بصره ،فيرى مالك والشافعي وأحمد[١] أن يقتص من الشجة فإن ذهب البصر بالقصاص من الشجة ، فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإن لم يذهب عولج علمياً بما يزيل الإبصار دون جناية على الحدقة ، فإن لم يزل الإبصار مع ذلك ففيه الدية .

ويرى أبو حنيفة أن لاقصاص فى الشجة ولافى البصر وفيهما الأرش ، ويرى محمد وأبو يوسف القصاص فى الموضحة والدية فى الأبصار ، وهناك رواية أخرى عن محمد عن ابن سماعة فى نوادره بأن القصاص يجب فى الفعل والمعنى كلما أمكن القصاص فى المعنى فإن لم يكن القصاص فى المعنى ممكناً اقتص من الفعل فقط وفى المعنى الدية ، وحجته أن السراية تولدت من جناية يقتص فيها إلى عضو يمكن فيه القصاص ، فوجب القصاص كما إذا سرى إلى النفس ، أما حجة أبى يوسف فى عدم القصاص من المعنى بأن تلف المعنى حدث من طريق التسبب وليس بالسراية ، لأن الشجة تبقى بعد ذهاب البصر . وحدوث السراية يوجب تغيير الجناية كالقطع إذا سرى إلى النفس ، فإنه لايبقى قطعا بل يعتبر قتلا ، وهنا الشجة لم تتغير فدل ذلك على أن ذهاب البصر ليس من طريق السراية بل من طريق التسبب والجناية بالتسبب لاتوجب القصاص[٢] .

---

(١) مواهب الجليل ص ٢٤٨ ـ نهاية المحتاج ﺟ ٧ ص ٢٧٢ ـ المغنى ﺟ ٩ ص ٤٣٠

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٧ .

أما إذا كان ذهاب المعنى بإصابة لاقصاص فيها فيقتص من المعنى دون الفعل بطريقة علمية لأنه لاقصاص فى الفعل ، فإن زال المعنى فقد أخذ المجنى عليه حقه ، وإلا أخذ أرش الفعل والمعنى . وهذا رأى مالك والشافعى وأحمد . أما أبو حنيفة وأصحابه فلا يرون القصاص اتفاقاً مادام الفعل لا يقتص منه

٣٢٦ — السراية لعضو : يختلف الحكم فى السراية لعضو بحسب ماإذا كانت الجناية مما يقتص فيه أو مما لايقتص فيه فإن كانت الجناية مما لايقتص فيه فلا قصاص فى الجناية ولا فى سرايتها وفيهما الدية أو الأرش باتفاق . وإن كانت الجناية مما لايقتص فيه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك ، فيرى مالك والشافعى أن القصاص فى الجناية فقط لافيما سرت إليه فإن أدى القصاص إلى مثل ماأدت إليه الجناية فقد استوفى المجنى عليه حقه وإن لم يحصل فى الجانى مثل ماحصل فى المجنى عليه فدية ماسرت إليه الجناية فى مال الجانى فمثلا إذا قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الأصبع فقط لأنه أتلفه بجناية عمد ولا يجب فى الكف لأنه يباشره بالإتلاف[1] .

ويرى أحمد القصاص فيما سرت إليه الجناية كلما كانت السراية إلى مايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة مثل أن يقطع أصبعاً فتتآكل أخرى وتسقط أو تتآكل الكف وتسقط فالأصبع الأخرى التى سرت إليها الجناية والكف التى سرت إليها الجناية كلاهما يمكن مباشرته بالإتلاف فيقتص فيهما لذلك وحجة أحمد فى ذلك :

أن ماوجب فيه القود بالجناية يجب بالسراية كما هو الحال فى النفس حيث يقتص من النفس فى حالة السراية إليها إذا كان الفعل الأصلى الجرح أو القطع مما يجب فيه القصاص . فإذا سرت الجناية إلى مالايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة فالقصاص فى الجناية دون السراية كمن قطع أصبعا فشلت الكف أو شل بجواره أصبع آخر فالشلل لايمكن مباشرته بالإتلاف على وجه المماثلة

---

(١) مهذب ج٢ ص ١٩٤ — مواهب الجليل ص ٢٤٨ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٥ .

فامتنع فيه القصاص ووجبت الدية فيما حدث فيه الشلل[١] .

أما أبو حنيفة فالقاعدة عنده أن الجناية إذا حصلت فى عضو فسرت إلى عضو آخر والعضو الآخر لاقصاص فيه فلا قصاص فى العضو الأول أيضا فإذا قطع أصبعا من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد لأن الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يمكن الإتيان بمثله على وجه المماثلة فيمتنع القصاص[٢] .

وفضلا عن هذا فإن الجناية واحدة فلا يجوز أن يجب بها ضمانان مختلفان ، هما القصاص والمال خصوصا عند اتحاد المحل لأن الكف مع الأصبع بمنزلة عضو واحد .

وكذلك الحكم لو قطع مفصلا من أصبع فشل مابقى أو شلت الكف فإن قال المقطوع أنا أقطع المفصل وأترك الباقى فليس له ذلك لأن الجناية وقعت غير موجبة القصاص من الأصل لأن القطع جاء قطعا مشلاً للكف والاستيفاء على وجه المماثلة غير ممكن فيمتنع القصاص . ومثل ذلك مالو شجه فقتله فليس له أن يقتص منها موضحة ويترك الباقى (هذا جائز عند الشافعى وبعض فقهاء مذهب أحمد) .

ويتفق أبو حنيفة فيما سبق مع أصحابه إلا أنهم اختلفوا فى الحالات التى يمكن القول فيها بأن المحل متعدد لامتحد . فمثلا إذا قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فأبو حنيفة لايرى القصاص تطبيقا للقاعدة التى سلفت ولأنه يرى أن المحل متحد أما أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيرون القصاص فى الأولى والأرش فى الثانية لأن المحل متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكما وإن كان متحدا حقيقة لتعدد أثره وهنا تعدد الأثر فيجعل فعلين ويفرد كل واحد منهما بحكمه ففى الأول القصاص وفى الثانى الدية .

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٧٠ وما بعدها .

(٢) بدائع الصنائع ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ .

وإذا قطع أصبعاً فسقطت إلى جنبها أخرى فلا قصاص عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد القصاص فى الأولى أى فيما قطع والدية فيما سقط . بل إن محمداً يرى من رواية ابن سماعه عن القصاص من الاثنين ، لأن القاعدة عند محمد طبقاً لهذه الرواية أن الجراحة التى فيها القصاص إذا تولد عنها مايمكن فيه القصاص وجب القصاص فيهاجميعا وهنا يمكن القصاص من محل السراية المتولدمن الجناية .

وإذا قطع أصبعا عمدا فسقطت معه الكف من المفصل فلا قصاص عند أبى حنيفة لأن استيفاء المثل وهو القطع المسقط للكف متعذر ولأن الكف مع الأصبع عضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان المال فلا يتعلق بها القصاص لأنه لايجتمع ضمانان مختلفان بجناية واحدة ويرى محمد القصاص للأسباب التى سبق بيانها ويرى أبو يوسف القصاص فتقطع يده من المفصل والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة عند أبي يوسف أن الأصبع جزء من الكف والسراية تتحقق من الجزء إلى محله كما تتحقق من اليد للنفس والأصبعان عضوان مفردان ليس أحدهما جزء الآخر فلا تتحقق السراية من أحدهما للآخر فوجب القصاص من الأولى دون الثانية [1] .

سقوط القصاص

٣٢٧ ـ يسقط القصاص فيما دون النفس لثلاثة أسباب : هى : فوات محل القصاص ـ العفو ـ الصلح .

٣٢٨ ـ فوات محل القصاص : ـ محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية فإذا فات محل القصاص لأى سبب كمرض أو آفة أو باعتداء أو نتيجة استيفاء حق أو عقوبة سقط القصاص لأن محله انعدام ولا يتصور وجود الشىء مع انعدام محله وإذا سقط القصاص لم يجب للمجنى عليه شىء عند مالك أيا كان سبب السقوط لأن حق المجنى عليه فى القصاص عينا فإذا سقط القصاص فقد

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧

سقط حق المجنى عليه وهذا تطبيق دقيق لنظرية مالك من أن موجب العمد هو القصاص عينا وللمجنى عليه عند مالك إذا ذهبت الجارحة ظلما أن يقتص من قاطعها ظلما لأن حقه فى القصاص ينتقل من المقطوع ظلما إلى قاطعه[(١)].

ويرى أبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عينا يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلما، وبين فواته بحق تنفيذ عقوبة أو استيفاء وقصاص وفى الحالة الأولى لا يجب للمجنى عليه شىء. أما فى الحالة الثانية فيجب له الدية بدلا من القصاص لأن الجانى قضى بالطرف أو الجارحة التى فاتت حقا مستحقا عليه فصار كأنه قائم وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ أو غيره[(٢)].

وعند الشافعى وأحمد للمجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص لأن موجب العمد أحد شيئين غير عين القصاص فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا.

٣٢٩ ـ العفو : ـ العفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية وهو فى الحالين إسقاط من جانب المجنى عليه لا يحتاج إلى رضاء الجانى ويعتبر المتنازل عن القصاص مجانا عافياً والمتنازل عن القصاص على الدية عافياً أيضاً لأن كليهما يسقط حقاً دون مقابل ممن أسقط له الحق وهذا تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد فى أن موجب العمد هو أحد شيئين : القصاص أو الدية فمن تنازل عن القصاص مجانا فقد تنازل عن حق له ومن تنازل عن القصاص دون الدية فقد تنازل عن حق وتمسك بحق.

والعفو عند مالك وأبى حنيفة هو إسقاط القصاص مجانا أما التنازل على الدية فليس عفوا عندهما ؛ وإنما هو صلح لأنه يتوقف بحسب نظريتهما على رضاء الجانى بدفع الدية لأنهما يريان أن الواجب هو القصاص عينا.

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٣ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ـ ٢٩٨.

٣٣٠ — **من يملك العفو؟** يملك حق العفو المجنى عليه البالغ العاقل، فإذا لم يكن بالغاً أو عاقلا ملكه وليه عند الشافعى وأحمد ، أما عند مالك وأبى حنيفة فلا يملكه الولى ولا الوصى ، وإنما يملكان حق الصلح فقط ، وسلطة الولى عند الشافعى مقيدة بأن يعفو على الدية بشروط تكلمنا عنها سابقاً .

أما المجنى عليه البالغ العاقل فله أن يعفو مجانا أو يعفو على الدية .

٣٣١ — وإذا عفا المجنى عليه عن القصاص ، أوعفا وليه على الدية عند الشافعى وأحمد فقد سقط القصاص بالعفو إذا برأ المجنى عليه من جراحه دون أن تسرى إلى عضو آخر . فإن سرت إلى عضو آخر كأن قطع أصبعه فعفا عنه ثم سرى الجرح إلى اليد فأتلفها، فيرى أبو حنيفة أن العفو صحيح سواء عن الجرح أو الجرح وما يحدث منه ، لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها ، أما الشافعى وأحمد فيفرقان بين ما إذا كان العفو شاملا للجناية وما يحدث منها وفى هذه الحالة يصح العفو ، وبين ما إذا كان العفو قاصرا على الجرح فقط ، ففى هذه الحالة يكون الجانى مسؤولا عن السراية . ولكن لا يقتص منه لأن القصاص فى الأصبع سقط بالعفو، ولا يجب فى الكف لأنها تلفت بالسراية مما يمتنع القصاص فيه فإن كان العفو على الدية وجبت الدية فى اليد كلها ، وإن كان العفو مجانا وجبت الدية أو الأرش فيما سرت الجناية إليه فقط والظاهر أن هذا هو الحكم عند مالك[1] .

الصلح

٣٣٢ — يجوز للمجنى عليه ولوليه ووصيه بأن كان غير بالغ أو غير عاقل الصلح على القصاص بمقابل قد يساوى الدية وقد يزيد عنها ، وليس للولى أو الوصى أن يصالح على أقل من الدية فإن صالح على أقل منها صح الصلح وسقط

---

(١) بدائع الصنائع ص ٢٤٩ – المهذب ج ٢ ص ٢١٢ – المغنى ج ٩ ص ٤٧٢ – مواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ – الدردير ص ٢٣٥ .

القصاص، ولكن للمجنى عليه أن يرجع على الجانى بما نقص عن الدية، ويشترط مالك للرجوع أن يكون الجانى معسرا وقت الصلح .

وقد تكلمنا عن الصلح والفرق بينه وبين العفو ومن يملكه وشروطه وفصلنا الكلام فى هذا كله بمناسبة الكلام على الصلح على القصاص فى القتل العمد وما قلناه هناك ينطبق هنا فيراجع .

العقوبات الأصلية الثانية

التعزير

٣٣٣ ـ يرى مالك أن يعزر الجانى على مادون النفس عمداً سواء اقتص منه أم لم يقتص لدرء القصاص أو للعفو أو الصلح على أن يراعى فى التعزير أن يختلف بحسب الأحوال فمن اقتص منه عزر بعقوبة مناسبة يراعى فى تقديرها أنه عوقب بعقوبة القصاص، ومن لم يقتص منه يعزر تعزيراً شديداً يردعه عن ارتكاب جريمته فى المستقبل ويقرر مالك أنه يجب التعزير مع القصاص للردع والزجر ولتناهى الناس عن ارتكاب الجريمة وأن الجانى إذا كان اقتص منه بمثل مافعل فى المجنى عليه إلا أن هذا لا يمنع من تعزيره لأنه ظالم والظالم أحق أن يحمل عليه .

ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن لا تعزير مع القصاص لأن الله قال ﴿ والجروح قصاص ﴾ فجعل العقوبة القصاص دون غيره فمن فرض غيرها فقد زاد على النص وهذا مايراه بعض الفقهاء فى مذهب مالك[1] .

ويلوح أن الرأى الأخير أقرب إلى المنطق لأنه إذا كانت عقوبة القصاص تعجز عن ردع الجانى فلا شك أن عقوبة التعزير أعجز عن ردعه وتهذيبه .

٣٣٤ ـ وإذا كان الأئمة الثلاثة لا يوافقون على جعل التعزير عقوبة أصلية فليس عندهم مايمنع من جعل التعزير عقوبة بدلية فى حالة سقوط القصاص، أو

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ـ الدردير ج ٤ ص ٣٢٤ .

امتناعه لسبب من الأسباب إذا رأى أولياء الأمر ذلك . فيقضى بالتعزير سواء حلت الدية محل القصاص أو عفى عن الدية. أما تقدير عقوبة التعزير وبيان نوعها فهذا متروك للسلطة التشريعية المختصة تختار نوع العقوبة وقدرها أو تترك للقاضى أن يختار العقوبة من بين العقوبات التعزيرية المحددة ، أو التى تحددها له .

العقوبات البدلية

أولا — الدية

٣٣٥ - الدية هى : العقوبة البدلية الأولى لعقوبة القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب من أسباب الامتناع أو سقط لسبب من أسباب السقوط وجبت الدية مالم يعف الجانى عنها أيضاً .

٣٣٦ - والدية كعقوبة لما دون النفس تكون عقوبة بدلية إذا حلت محل القصاص .وهو عقوبة الجناية على مادون النفس عمداً وتكون الدية عقوبة أصلية إذا كانت الجناية شبه عمد لا عمداً محضاً . وقد بينا من قبل أن الشافعى وأحمد يقولان بشبه العمد فيما دون النفس .

٣٣٧ - والدية سواء أكانت عقوبة أصلية أو تبعية يقصدمنها إذا أطلقت الدية الكاملة وهى مائة من الإبل أما ماهو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

٣٣٨ — والأرش على نوعين : أرش مقدر وأرش غير مقدر ، فالأول هو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد والرجل ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضى تقديره ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة .

٣٣٩ — وتجب الدية بتفويت مصلحة الجنس عن الكمال كإتلاف اليدين فنى إتلافهما تفويت لمنفعة الجنس على الكمال ، أما الأرش فيجب فى تفويت

بعض منفعة الجنس دون بعضها الآخر كإتلاف يد واحدة أو أصبع واحدة ففى اليد الأرش وفى الأصبع الأرش .

٣٤٠ — ما تجب فيه الدية الكاملة :

تجب الدية الكاملة بتفويت منفعة الجنس وتفويت الجمال على الكمال وهى تفوت بإبانة كل الأعضاء التى من جنس واحد أو بإذهاب معانيها مع بقاء صورتها، والأعضاء التى تجب فيها الدية أربعة أنواع : نوع لا نظير له فى البدن ، ونوع فى البدن منه اثنان ، ونوع فى البدن منه أربعة ، ونوع فى البدن منه عشرة وقد اختلف الفقهاء فى تحديد الأعضاء التى تدخل تحت هذه الأنواع ولكنه اختلاف محدود ، وسنذكر ما اتفق عليه وما اختلف فيه، وسنبين فيما بعد وجوه الاختلاف:

النوع الأول : مالا نظير له فى البدن و يدخل تحته الأعضاء الآتية :

الأنف ، اللسان ، الذكر ، الصلب ، مسلك البول ، مسلك الغائط ، الجلد ، شعر الرأس ، شعر اللحية .

النوع الثانى : الأعضاء التى فى البدن منها اثنان وهى :

اليدان ، الرجلان ، العينان ، الأذنان ، الشفتان ، الحاجبان ، الثديان الأنثيان ، الشفران ، الإليتان ، اللحيان .

النوع الثالث :

ما فى البدن منه أربعة وهو :

أشفار العينين ـ أى منابت الأهداب ـ الأهداب نفسها وهى الاشعار .

النوع الرابع :

ما فى البدن منه عشرة وهو :

أصابع اليدين — أصابع الرجلين .

٣٤١ — والمعانى تجب فى ذهابها الدية الكاملة ومثلها العقل والبصر والشم والسمع والذوق والجماع والإيلاد والمشى والبطش والكلام ، وسنتكلم عن

المعانى بعد الكلام عن الأعضاء فنستوفى الكلام عن إبانة الأعضاء ثم نتكلم عن إذهاب المعانى .

٣٤٢ - **الأنف** : تجب الدية فى مارن الأنف وهو ما لان من الأنف ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة والأخشم كالأشم فى وجوب الدية لأن عدم الشم نقص فى خير الأنف فلا يؤثر فى دية الأنف وقطع جزء من الأنف فيه من الدية بقدره فإن قطع نصف الأنف أو ثلثه فعليه نصف الدية أو ثلثها .

وإن قطع المارن وقصبة الأنف فيرى الشافعى ورأيه وجه فى مذهب أحمد أن على الجانى الدية فى المارن وحكومة فى القصبة ويرى مالك وأبو حنيفة ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن على الجانى الدية فقط لأن المارن والقصبة عضو واحد إلا إذا قطع المارن فبرىء ثم قطع بعد البرىء القصبة ففيها حينئذ حكومة[(١)] .

٣٤٣ - **اللسان** : تجب الدية فى اللسان لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو ابن حزم : « وفى اللسان الدية » ولأن فيه جمالاً ومنفعة والدية تجب فى اللسان الناطق فإن جنى على لسانه فخرس وجبت عليه الدية كاملة ولو بقى اللسان لأنه أتلف المنفعة المقصودة وإن قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه وجبت من الدية بقدر ما ذهب من الكلام فإن ذهب بنصف الكلام وجب نصفها وإن ذهب أقل من ذلك أو أكثر وجب بقدره. وإن ذهب نطق بعض الحروف وجب له ما يقابلها من الدية .

وفى لسان الأخرس حكومة عند مالك وأبى حنيفة ، أما الشافعى فيفرق بين ما إذا كانت الجناية أذهبت ذوق الأخرس أم لم تذهبه ، فإن كانت أذهبته ففى اللسان الدية ، وإن كانت لم تذهبه ففى اللسان حكومة ، وفى مذهب أحمد

---

(١) مهذب ج ٢ ص ٢١٦ - مغنى ج ٩ ص ٥٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٢ .

من يرى أن الدية لا تجب فى لسان الأخرس إطلاقاً ، ومنهم من يفرق بين ما إذا كانت الجناية أذهبت الذوق أم لا . فإن لم يكن الذوق أذهب فرأى يرى حكومة ورأى يرى ثلث الدية (١) . وفى لســان الطفل الذى لم ينطق بعد الدية عند مالك والشافعى وأحمد ولــكن أبا حنيفة يرى فيه حكومة .

٣٤٤ ـ **الذكر** : تجب فى الذكر الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم : « فى الذكر الدية » . ولأنه عضو لا نظير له فى البدن فى الجمال والمنفعة فـكملت فيه الدية كالأنف واللسان وفى شلل الذكر دية لأن الشلل يذهب بنفعه ، وتجب الدية فى ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب وفى قطع الحشفة وحدها الدية ، لأن منفعة الذكر تـكمل بالحشفة كما تـكمل منفعة الـكف بالأصابع ، وفى قطع بعض الحشفة بعض الدية بنسبة ما قطع إلى الحشفة على رأى ، ونسبة ما قطع إلى كل الذكر على رأى آخر ، وفى ذكر الخصى والعنين الدية عند الشافعى وهو وجه فى مذهب مالك ، ومذهب أحمد ، العضو سليم فى نفسه والمانع من الجماع راجع لغيره . ويرى أبو حنيفة أن فى ذكر الخصى والعنين حكومة لأن العبرة عنده بالقدرة على الإيلاج وهذا وجه فى مذهب مالك ، أما الوجه الثانى فمذهب أحمد لا يرى فى ذكر العنين والخصى حكومة وإنما يرى فى كل منهما ثلث الدية (٢) ، وفى عسيب الذكر أى الذكر دون الحشفة الحـكومة بإجماع .

٣٤٥ ـ **الصلب** : وتجب فى الصلب الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد ابن المسيب أنه قال : « قضت السنة أن فى الصلب الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية وفى الأنثيين الدية » ، ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وإذا

---

(١) مواهب الجليل ص ج ٦ ٢٦٢ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ ـ المهذب ج ٢ ص ١١٧ وما بعدها ـ المغنى ج ٩ ص ٦٠٤ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٣٣٠ المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ ـ المغنى ج ٩ ص ٦٢٧ .

كسر الصلب فلم ينجز الكسر ففيه الدية على رأى فى مذهب أحمد وعلى الرأى الآخر الذى يتفق مع آراء باقى الفقهاء فيه حكومة ما دام ما يعطل منفعة المشى أو الجماع فإن ذهبت بالكسر منفعة المشى والجماع ففيه الدية وإن أحدَوْدَب الظهر ولم تذهب منفعة ما ففيه حكومة وإن ذهب المشى والجماع معاً ففريق يرى فيهما ديه واحدة وفريق يرى فيهما ديتين(١).

٣٤٦ - مسلك البول ومسلك الغائط : إذا أتلف مسلك البول فلم يعد يستمسك البول أو أتلف مسلك الغائط فلم يعد يستمسك الغائط ففى كل واحد منهما الدية لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة وليست فى البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء التى لا نظير لها فى البدن فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها ؛ والنفع بهما كثير والضرر بغيرهما عظيم فكان فى كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، ولكن فى مذهب مالك رأيا بأن فى كل من المسلكين حكومة(٢).

٣٤٧ - الجلد : يرى الشافعى أن الدية تجب فى الجلد إن سلخ جميعه ، ويندر أن يعيش إنسان يسلخ كل جلده ، ويرى مالك أن الدية تجب فى الجلد إذا فعل الجانى فعلا جزمه أو برصه أو سوده ، ولا يشترط أن يعم التجزيم أو التبريص أو التسويد كل الجلد ، كذلك يوجب مالك الدية فى جلد الرأس .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦١ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - المهذب جـ ٢ ص ٢٢٢ المغنى جـ ٩ ص ٦٢٦ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٣ - شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - مهذب جـ ٢ ص ٢٢٣ - المغنى جـ ٩ ص ٦٣٣ .

أما أبو حنيفة وأحمد فلا يوجبان الدية فى الجلد إطلاقاً ويريان الحكومة فى هذه الحالات[١].

٣٤٨ - شعر الرأس وشعر اللحية والحاجبين : يرى أبو حنيفة أن الدية تجب فى إزالة شعر الرأس للرجل والمرأة وفى إزالة اللحية سواء كان ذلك بطريق الضرب فسقط الشعر، أو بطريق الحلق أو النتف؛ ويشترط ألا ينبت الشعر وحجته أن الشعر للرجال والنساء جمال وفى إزالته وعدم إنباته تفويت للمنفعة على الكمال، وفى اللحية وحدها الدية، وفى شعر الرأس الدية، وما عدا ذلك من الشعور كشعر الشارب والحاجبين ففيه حكومة.

ويرى أحمد ما يراه أبو حنيفة، ولكنه يزيد عليه أنه يجعل الدية أيضاً فى شعر الحاجبين ويشترط كأبى حنيفة عدم الإنبات[٢].

أما مالك والشافعى فلا يجب عندهما فى إتلاف الشعور إلا الحكومة لأنه إتلاف جمال دون منفعة، والدية لا تجب إلا فى ما كان له منفعة[٣].

٣٤٩ - اليدان : تجب الدية فى اليدين لما روى معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «فى اليدين الدية» ويجب فى إحدى اليدين نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين أمره على نجران: «فى اليد خمسون من الإبل» واختلفوا فى معنى اليد فرأى البعض أن لفظ اليد يطلق على كل الذراع إلى المنكب، ورأى البعض أنه يطلق على الكف فقط وترتب على هذا الخلاف أنهم اختلفوا فى قطع اليد من بعد مفصل الكف كالقطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب، فمن رأى أن اليد هى الكف قال فى اليد نصف الدية وفيما زاد عن الكف حكومة، وقال بهذا أغلب الفقهاء فى مذهب

(١) الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣١٤ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٥٩٧

(٣) بدائع الصنائع ص ٣١٢ - والبحر الرائق ص ٣٣١ ، المهذب ص ٢٢٤ - المغنى ص ٥٩٧ - مواهب الجليل ص ٢٤٧ - الدردير ص ٢٤٢

الشافعى و بعض فقهاء مذهب أحمد وقال به أبو حنيفة ومحمد ومن رأى أن اليد اسم للجميع حتى المنكب ، قال بأن فى الكف ومازاد عليها نصف الدية ، لأن مازاد على الكف كله معتبر يداً وقد أخذ بهذا الرأى مالك ومعظم الفقهاء فى مذهب أحمد و بعض فقهاء مذهب الشافعى وأبو يوسف من فقهاء مذهب أبى حنيفة ومن المتفق عليه عند الجميع أن الحكومة فى قطع الساعد الذى لا كف فيه والخلاف منحصر فى حالة قطعهما معاً .

ويجب فى كل أصبع عشر الدية ، لما روى أن رسول الله كتب إلى أهل اليمن بأن فى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الإبل ولا يفضل أصبع على أصبع لما روى عمرو بن شعيب عن جده أن رسول الله قال : «الأصابع كلها سواء عشر عشر من الإبل » ولأنه جنس ذو عدد تجب الدية فيه فتقسم على أعداده وفى كل أنملة من غير الإبهام ثلث دية الأصبع وفى كل أنملة من الإبهام نصف دية الأصبع لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع قسمت دية الأصبع على عدد أنامله و إن جنى على يد فشلت أو على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب بشللها مايجب فى قطعها لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب فى إتلاف منفعتها ماوجب فى إتلافها . وإن قطع يداً شلاء أو أصبعا شلاء أو أنملة شلاء وجبت فيها الحكومة . لأنه إتلاف جمال من غير منفعة[1] وفى مذهب أحمد رأى بأن فيها ثلث الدية .

٣٥٠ — الرجلان : يجب فى الرجلين الدية لما رواه معاذ عن رسول الله أنه قال: « فى الرجلين الدية » وفى أحد الرجلين نصف الدية لما رواه عمرو ابن حزم أن رسول الله قال: « فى الرجل نصف الدية » وفى الرجل نفس الخلاف الذى فى اليد فالبعض يرى أن لفظ الرجل يشمل القدم حتى نهاية الفخذ

(١) البحر الرائق ص ٣٣٢ — ٣٣٦ — مهذب ج ٢ ص ٢٢١ مغنى ج ٩ ص ٦٢٠ شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

والبعض يرى أنه يطلق على القدم فقط وترتب على هـذا الخلاف نفس ماذكرناه فى اليدين .

و يجب فى كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية و يجب فى كل أنملة غير الإبهام ثلث دية الأصبع ، وفى كل دية من الإبهام نصف دية الأصبع لماذكر فى اليد.

وتجب الدية فى قدم الأعرج و يد الأعسم إن كانتا سليمتين لأن العرج إنما يكون من قصر إحدى الساقين وذلك ليس ينقص فيه القدم والعسم لقصر العضد أو الذراع أو اعوجاج الرسغ وذلك ليس ينقص فى الكف فلا يمنع هذا كمال الدية فى القدم والكف[1] .

٣٥١ — **العينان** : تجب الدية فى العينين لقوله عليه السلام من كتاب كتبه لعمرو بن حزم : «فى العين خمسون من الإبل » فأوجب فى كل عين خمسين فدل على أنه يجب فى العينين مائة وعين الأعور فيها نصف الدية عند أبى حنيفة والشافعى وفيها الدية كاملة عند مالك وأحمد .

وتجب الدية بقلع العينين و بفقئهما، كما تجب بذهاب الأبصار مع بقاء العينين قائمتين

٣٥٢ — **الأذنان** : ـ تجب الدية فى الأذنين وفى أحدهما نصف الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم : «فى الأذن خمسون من الإبل » فأوجب فى الأذن خمسين فدل على أنه يجب فى الأذنين الدية كاملة وهى مائة من الإبل ولأن فى الأذنين جمالا ظاهراً ومنفعة مقصودة وهى أنها تجمع الصوت.

و إن قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه الدية بقسطه لأن ماوجبت الدية فى كله وجبت فى بعضه بقسطه كالأصابع .

وفى قطع الأذنين الدية ولو بقى السمع سليما وهذا مايراه أبو حنيفة والشافعى وأحمد و بعض فقهاء مذهب مالك وحجتهم أن الأذنين فيهما منفعة

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١١ ، ٣١٤ ـ مهذب جـ ٢ ص ٢٢١ مغنى جـ ٩ ص ٦٣٠ ـ شرح الدردير ص ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ـ بدائع جـ ٧ ص ٣١٤ البحر الرائق ص ٣٣١ ـ مهذب جـ ٢ ص ٢١٥ ـ مغنى جـ ٩ ص ٥٨٥ ـ شرح الدردير ص ٢٤٢

مقصودة هى أنها تجمع الصوت ولكن بعض فقهاء مذهب مالك يرى فى قطع الأذنين مع بقاء السمع سليما حكومة لأن الأذنين فى رأيهم ليس فيها منفعة وإنما فيها جمال فقط وليس فى الجمال إلا الحكومة[١] .

٣٥٣ — **الشفتان** : تجب الدية فى الشفتين لما روى أن رسول الله كتب فى كتاب عمرو بن حزم: «فى الشفتين الدية» ولأن فيهما جمالا ظاهرا أو منافع كثيرة ويجب فى إحداهما نصف الدية لأن كل شفتين وجب فيهما الدية وجب فى إحداهما نصف الدية كالعينين والأذنين ، وإن قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره . فإن جنى عليهما فشاتا وجبت فيهما الدية لأنه أبطل منفعتهما وإن تقلصتا شيئاً مع بقاء منفعتهما ففيهما حكومة[٢] .

٣٥٤ — **الحاجبان** : يرى أبو حنيفة وأحمد أن فى الحاجبين الدية وفى أحدهما نصف الدية إذا أزيل الشعر بحيث لا ينبت ويرى مالك والشافعى أن فى إزالة شعر الحاجبين الحكومة فقط لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلا تجب فيه الدية أما أبو حنيفة وأحمد فيريان أنه جمال مقصود لذاته والمنفعة ثابتة له ففيه الدية[٣] .

٣٥٥ — **الثديان والحلمتان** : تجب الدية فى ثديى المرأة لأن فيهما جمالا ومنفعة وتجب فى إحداهما نصف الدية وتجب الدية أيضاً كاملة فى الحلمتين إذا قطعا دون الثديين وفى أحدهما نصف الدية لأن فى الحلمتين منفعة الثديين ويشترط مالك لوجوب الدية فى الحلمتين أن ينقطع اللبن أو يفسد ، فإن لم يتوفر هذا الشرط ففى الحلمتين حكومة أما باقى الأئمة فلا يشترطون هذا الشرط ويرون الدية فى الحلمتين مطلقاً .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ — بدائع الصنائع ص ٣١٤ — المهذب ج ٢ ص ٢١٦ مغنى ج ٩ ص ٥٩٣ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٢ — بدائع الصنائع ص ٢١٤ — مهذب ج ٢ ص ٢١٧ مغنى ج ٩ ص ٦٠٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ — مغنى ج ٩ ص ٥٩٧ — مهذب ج ٢ ص ٢٢٤ مواهب ج ٦ ص ٢٤٧ .

أما ثديا الرجل فليس فيهما إلا الحكومة عند مالك والشافعى لأن فى ذهابهما ذهاب جمال من غير منفعة وفى مذهب الشافعى من يرى فى ثديى الرجل وحلمتيه الدية ، ولكن هذا الرأى ليس المذهب ، ولكنه يتفق مع مذهب أحمد فهو يرى أن فى ثديى الرجل وحلمتيه الدية وحجته أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل ولأنهما عضوان يحصل بهما الجمال وليس فى البدن غيرهما.

ويرى أبو حنيفة أن فى ثديى الرجل وحلمتيه حكومة وقد بنى رأيه على أن ثديى الرجل وحلمتيه ليس فيهما جمال ولا منفعة[(١)] .

٣٥٦ — الأنثيان : تجب الدية فى الأنثيين لما روى أن فى كتاب الرسول لعمرو بن حزم: « وفى البيضتين الدية » ولأن فيهما جمالا ومنفعة فإن النسل يكون بهما وهما وكاء المنى وفى كل واحدة منهما نصف الدية لأن وجوب الدية فى شيئين يوجب نصفها فى أحدهما وإن أشل الأنثيين فعليه الدية كاملة حيث أذهب منفعتهما فإن قطعهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة ويرى أبو حنيفة ومن يقول من فقهاء مذهبى مالك وأحمد بأن ذكر الخصى والعنين فيه حكومه ، ويرى هؤلاء جميعا أنه إذا قطع الأنثيان مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان ، دية للأنثيين ودية للذكر وكذلك الحكم لو قطع الذكر قبل الأنثيين ، أما إذا قطع الأنثيان قبل الذكر ففى الأنثيين الدية وفى الذكر حكومة لأنه يصبح بعد قطع الأنثيين ذكر خصى وذكر الخصى فيه حكومة ، أما القائلون بأن ذكر الخصى والعنين فيه الدية وهم الشافعية وبعض فقهاء مذهبى مالك وأحمد فيوجبون فى قطع الذكر والأنثيين ديتان سواء قطعت الأنثيين قبل الذكر أم بعده[(٢)] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١١ ، ٣٢٣ – شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٣ المهذب ج ٢ ص ٢٢٣ – المغنى ج ٩ ص ٦٢٣ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٦٢٨ ، ٦٢٩ – المهذب ج ٢ ص ٢٢٣ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

٣٥٧ – الشفراں : الشفران أو الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم وفى الشفرين دية كاملة إذا قطعا حتى ظهر العظم وفى أحدهما نصفها لأن فيهما جمالا ومنفعة فى المباشرة وليس فى البدن غيرهما من نوعهما [1] فإن جنى عليهما حتى أشلهما ففيهما الدية لأنه أزال المنفعة كما لو أنه قطعهما .

٣٥٨ – الإليناں : يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن الدية تجب فى الإليتين وأن نصف الدية يجب فى الإلية الواحدة لأنهما عضوان من جنس واحد ليس فى البدن نظيرهما ولأن فيهما جمالاً ظاهراً ومنفعة كاملة . والإليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم الذى تحتهما وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجبت الدية فيه كله وجب فى بعضه بقدره فإن جهل مقدار البعض وجبت حكومة لأنه نقص تعذر تقديره .

ويرى بعض فقهاء مذهب مالك أن فى الإليتين حكومة فقط سواء أخذتا إلى العظم الذى تحتهما أو ذهب بعضهما [2] ويرى البعض الآخر أن فيهما الدية.

٣٥٩ – اللحياں : ويرى الشافعى وأحمد أن فى اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعاً وجمالا وليس فى البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافى البدن منه شيئان فى أحدهما نصف الدية وإن قلنا بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان ولم تدخل دية الأسنان فى ديتهما [3] .

٣٦٠ – أشفار العينين : – تجب الدية فى أشفار العينين أى جفونهما عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد لأن فيهما جمالا ظاهراً ونفعاً كاملا وهى أربعة ليس

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٦٣٩ – المهذب ج ٢ ص ٢٢٣ – البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦١ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٦٢٥ المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ – البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٧ المدونة ج ١٦ ص ١١٣ – مواهب الجليل ص ٢٦٢ . (٣) المغنى ج ٩ ص ٦١٩ – المهذب ج ٢ ص ٢٢٠ .

مثلها فى البدن فتجب ربع الدية فى كل واحد منها ـ ويرى مالك أن فى الأشفار الاجتهاد أى الحكومة لأنه لم يرد نص [١] بأن فيها شيئاً مقدراً والتقدير لابد فيه من نص ولا يثبت بالقياس كما يرى بقية الأئمة .

٣٦١ ـ **أهداب العينين** : ـ يرى أبو حنيفة وأحمد أن فى أهداب العينين الأربعة الدية كاملة لأن فيها جمالا ظاهراً أو نفعاً كاملا وفى ربع كل واحد منهما الدية لـكن إذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففيها كلها دية واحدة لأن الأهداب تابعة للأجفان كحلمة الثدى مع الثدى والأصابع مع الـكف .

ويرى مالك والشافعى أن فى الأهداب حكومة لأنها جمال لا منفعة فيه وإذا قطعت الأهداب مع الأجفان ففى مذهب الشافعى رأيان رأى : يرى أن لا شىء فى الأهداب لأنها شعر نابت فى العضو المتلف وهو الجفنين ورأى يرى أن فى الجفنين الدية وفى الهدب الحـكومة لأن فيه جمالا [٢] .

٣٦٢ ـ **أصابع اليدين وأصابع الرجلين** : ـ تـكلمنا عن أصابع اليدين والرجلين مع اليدين والرجلين فلا داعى لتكرار الكلام عنهما وفيما ذكر هنالك الـكفاية

٣٦٣ ـ **الأسنان** : يجب فى كل سن خمس من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم : « فى السن خمس من الإبل » ولما رواه عمرو بن شعيب عن الرسول: «فى الأسنان خمس خمس» ويستوى السن بالناب والناب بالضرس فأرشها سواء لما روى أبو داود عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « فى الأصابع سواء والأسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء » .

ويجب الضمان فى سن من قد ثغر وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت

---

(١) مغنى ج ٩ ص ٥٩٢ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٥ ـ بدائع الصنائع ص ٣٢٤ ، ٣١١ مواهب ج ٦ ص ٢٤٧ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ ـ بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣٤٤ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٩ مغنى ج ٩ ص ٥٩٣ .

سنه لم يعد بدلها ، فأما سن الصبي الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شيء لأن العادة عود سنه فإن مضت مدة ييأس من عودها وجب أرشها و إذا عادت لم يجب فيها أرش ، ولكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة ، وإن عادت خارجة عن صف الأسنان بحيث لاينتفع بهـــا ففيها الدية و إن كان ينتفع بها ففيها حكومة .

وإن قلع سن من أثغر وجبت ديتها فى الحال فإن عادت لم تجب الدية وعليه ردها وإن كان قد أخذها ، وهذا رأى أبى حنيفة وأحمد - و يرى مالك أنه لايرد شيئاً لأن العادة أنها لاتعود فإن عادت فهى هبة مجردة - وفى مذهب الشافعى يأخذ البعض برأى مالك والبعض بالرأى المضاد .

وتجب دية السن فيما ظهر من اللثة لأن ذلك هو المسمى سنا وما فى اللثة يسمى سنخاً ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففى السن أرشها وفى السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعت السن بسنخها لم يجب فيها أكثر من الأرش ، وإن كسر بعض السن ففيه من أرشه بقدر ما كسر .

وإن قلع سناً مضطربة لكسر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام وجب أرشها وكذلك إذا ذهب بعض منافعها وبقى بعضها فى رأى أحمد ، أما مذهب الشافعى ففيه رأيان : رأى يرى الأرش ورأى يرى أن مقدار النقص يجهل قدره فيكون فيها الحكومة ، أما إذا ذهبت منافعها كلها ففيها حكومة أو ثلث ديتها على رأى فى مذهب أحمد .

وإن قلع سنا فيها داء أو أكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شيء سقط من أرشها بقدر الذاهب ووجب الباقى .

وإن جنى عليه فتغير لون السن إلى السواد أو الخضرة أو الحمرة أو الصفرة ففى مذهب مالك فيها الأرش إن كان التغير إلى الخضرة والحمرة والصفرة يساوى

التغير إلى السواد وإلا فحكومة ، ومذهب أبى حنيفة فيها الأرش إذا كانت الصفرة بمنزلة السواد ، وعند الشافعى يجب فيها حكومة فى جميع الحالات فى رأى، وفى رأى تجب الدية فى السواد إذا زالت المنفعة وإلا فحكومة ، وهذا أحد الرأيين فى مذهب أحمد ، والرأى الثانى فى التسويد الدية[1] .

وإذا جنى على أسنانه كلها دفعة واحدة ففيها مائة وستون من الإبل بحساب كل سن خمس من الإبل وهذا رأى مالك وأبى حنيفة وأحمد . ولو أن هذا المقدار يزيد عن دية كاملة لأن النص جعل أرش كل سن خمسا من الإبل ، وفى مذهب الشافعى رأيان: أحدهما: يأخذ بما يراه الأئمة الثلاثة وهو الرأى الراجح وحجته أن ما ضمن على انفراد لا ينقص ضمانه بانضمام غيره إليه ، وثانيهما أنه لا يجب فى الأسنان كلها إذا قلعت دفعة واحدة إلا دية واحدة لأنه جنس ذو عدد فلا يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين .

إذهاب المعانى

٣٦٤ - القاعدة أن العضو إذا ذهب بمنفعته لم تجب فيه إلا دية واحدة كالعينين إذا قلعتا فذهب ضوؤهما لم تجب فيهما إلا دية واحدة هى دية العينين لأن الضوء فيهما وهما محله . ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا ذهبت بنفعها لم يجب فيها إلا دية واحدة وهى دية العضو لا المنفعة لأن نفعها فيها فدخلت ديته وديتها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة .

أما إذا بقى العضو وذهبت منفعته فتجب الدية فى المنفعة الذاهبة ، فمن ضرب إنسانا على رأسه فأذهب بصره أو سمعه وجبت عليه دية البصر أو السمع.

والمنافع كثيرة ، منها ما هو حاسة كالسمع والبصر والشم والذوق واللمس ومنها ما هو معنى كالمشى والبطش والعقل والنطق وقد اختلف الفقهاء فى تحديد المعانى التى تجب فيها الدية كما سيبين لنا فيما بعد .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٣ - بدائع الصنائع ص ٣١٠ - مهذب ج ٢ ص ٢١٩ مغنى ج ٩ ص ٦١١ .

٣٦٥ - ١ - السمع : فى السمع الدية لما روى معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « فى السمع الدية » ولما روى عن أبى قلابة أن رجلا رمى آخر بحجر فى رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى

وإن أذهب السمع فى إحدى الأذنين وجبت نصف الدية ، وإن قطع الأذنين فذهب السمع وجب عليه ديتان لأن السمع فى غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر ، إلا أن بعض فقهاء مذهب مالك يرون فى السمع دية وفى الأذنين حكومة لأنهم يرون من الأصل أن الأذنين ليس فيهما إلا الحكومه[1].

٣٦٦ - ٢ - البصر : وفى البصر الدية لأنه منفعة العينين ، وكل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما ، وفى ذهاب إبصار العين الواحدة نصف الدية ، وليس فى إذهاب العينين بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين لأن العينين هما محل البصر[2] .

٣٦٧ - ٣ - الشم : وفى الشم الدية لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو ابن حزم : « فى المشام الدية » وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم فى غير الأنف فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن والبصر مع أجفان العين والنطق مع الشفتين[3] وإن جنى عليه فذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية كما تجب فى إذهاب البصر من أحد العينين والسمع من أحد الأذنين .

٣٦٨ - ٤ - الذوق : يرى مالك وأبو حنيفة أن فى الذوق الدية وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما : يرى فى الذوق الدية ، والثانى لا يرى فيه الدية ، وتجب الدية إذا ذهبت

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٩٥ - المهذب ج ٢ ص ٢١٦ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها ، شرح الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ - مهذب ج ٢ ص ٢١٥ - بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ وما بعدها.

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ - المهذب ج ٢ ص ٢١٧ - بدائع الصنائع ص ٣١١ - الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

حاسة الذوق تماماً، فإن ذهب بعضها دون بعض وجب من الدية بقدر ماذهب فقط [١]

٣٦٩ ـ ٥ ـ الكلام : تجب الدية فى الكلام ـ فإذا جنى عليه فخرس وجبت الدية كاملة وإن فقد بعض الكلام دون بعض وجب من الدية بقدر مانقص [٢] وإذا قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ففيهما جميعاً دية واحدة ، لأن دية الكلام والذوق تدخل فى دية اللسان أما إذا جنى عليه فأذهب كلامه وذوقه مع بقاء اللسان ففيهما ديتان مع مراعاة ماذكرنا من الخلاف عند الكلام عن الذوق .

٣٧٠ ـ ٦ ـ العقل : تجب الدية في ذهاب العقل لماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم «فى العقل الدية» ولما كان العقل من أكبر المعانى قدراً وأعظم أثراً من جميع الحواس، وبه يتميز الإنسان من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدى به إلى مصالحه و يتقى مايضره و يدخل فى التكليف، فقد رأى بعض الفقهاء أن يعطى العقل حكم النفس كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى فى رأيه القديم وإن ذهب العقل بجناية لاتوجب أرشا كاللطمة أو التخويف ونحوها ففيه الدية لاغير وإن أذهبه بجناية لها أرش مقدر كالموضحة ، أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح أو الطرف عند مالك والشافعى طبقاً لرأيه الجديد وهو المذهب وكذلك عند أحمد ، أما أبو حنيفة فيرى كما يرى الشافعى قديماً والرأى الأخير فى مذهب مالك أن يدخل أرش الجرح أو الطرف فى دية العقل ، لأن الواجب فى العقل دية النفس ، والعقل يقوم مقام النفس من حيث المعنى ، لأن جميع منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى ، ولا شك أنه إذا أدت الشجة أو قطع الطرف إلى الموت دخلت الشجة والطرف فى دية النفس ، فهكذا تدخل فى دية العقل ، على أن زفر والحسن بن زياد لايريان التداخل . وإن جنى

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٣ ـ المهذب ج ٢ ص ٢١٩ بدائع الصنائع ص ٣١١ ـ الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) المغنى ص ٦٠٤ وما بعدها ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ ، ٦٠٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ـ بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ ـ الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح مع مراعاة الخلاف السابق فى مذهب أبى حنيفة ، ومع مراعاة أن أبا حنيفة ومحمد يقولان بالتداخل مع العقل فقط دون غيره من المعانى ، أما أبو يوسف فيقول بالتداخل مع كل المعانى الباطنة كالعقل والشم والكلام والجماع والذوق ، أما البصر فلا لأنه معنى ظاهر ، ومن القضايا المشهورة فى عهد عمر أن رجلا رمى آخر بحجر فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه ، فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حىّ لكن إذا مات المجنى عليه من الجناية لم تجب إلا دية واحدة ، لأن ديات المنافع كلها تدخل فى دية النفس كديات الأعضاء[1] .

٣٧١ — **المشى والجماع** : إذا ذهب المشى أو القدرة على الجماع ففى كل منهما الدية كاملة ، والمعروف أن الصلب يؤثر على هذين المعنيين ، فإذا كسر صلبه وأبطل جماعه فعليه ديتان لادية واحدة كما هو رأى مالك حيث لايرى اندراج دية الصلب فيه ، وقياساً على هذا إذا أبطل صلبه فأبطل جماعه ومشيه وجبت عليه ثلاث ديات ، فإذا لم يبطل صلبه فعليه ديتان ، وعلة عدم الاندراج أن الصلب ليس هو محل المنفعة فعضو المشى الأقدام وعضو الجماع الذكر .

وفى مذهب الشافعى وأحمد رأيان : رأى يرى أن فى ذهاب المشى والجماع ديتان لأنهما منفعتان مختلفتان ، ورأى يرى أن فيهما دية واحدة لأنهما منفعة عضو واحد كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه ، وقياس مذهب أبى حنيفة أن يكون فيهما دية واحدة[2] .

٣٧٢ — **الصعر** — وتجب الدية فى الصعر ، وهو أن يضر به مثلا فيصير

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٤ ومابعدها — مهذب ج ٨ ص ٢١٧ — بدائع الصنائع ص ٣١١ ، ٣١٧ — الدردير ص ٢٤١ ، ٢٤٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٢٢ — بدائع الصنائع ٣١١ ، شرح الدردير ٢٤٣ .

الوجه إلى جانب ، وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوى منه عنقه ، قال تعالى : ﴿ ولا تصعِّرْ خدَّكَ للنّاسِ ﴾ أى لاتعرض عنهم بوجهك تكبراً كإمالة وجه البعير الذى به الصعر فمن جنى على إنسان جناية تعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب ، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن فيه الدية ، و يرى الشافعى فى الصعر الحكومة لأنه إذهاب جمال من غير منفعة وهو قياس مذهب مالك[1] .

٣٧٣ ـ معانى أخرى : و يرى أبو حنيفة الدية فى البطش والإيلاد ، وظاهر مذهبه أن كل معنى يفوت تجب فيه الدية[2] .

أما عند مالك فيحدد بعض الشراح المعانى بعشر وهى : العقل ـ والسمع والبصر ـ والشم ـ والنطق ـ والصوت ـ والذوق ـ وقوة الجماع والنسل ـ وتغيير لون الجلد ببرص أو تسويد أو تجذيم ، والقيام والجلوس[3] .

ولكن بعض الشراح لايرى مانعاً من القياس على هذه العشر و يضيف إليها اللمس و يرى أحمد أن فى تسويد الوجه الدية[4] وفى ذهاب القدرة على الأكل الدية[5] بينما يرى الشافعى فى تسويد الوجه حكومة جريا على قاعدته التى لاتوجب الدية إلا فى زوال منفعة .

ويرى الشافعى وجوب الدية فى إبطال الكلام وفى إبطال الصوت وفى إبطال قوة المضغ وفى إبطال قوة الإمناء وقوة الحبل والإحبال و إذهاب لذة الجماع ولذة الطعام[6] .

والظاهر من مذهب الشافعى وأحمد أن المعانى التى تجب فيها الدية ليست

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٨ .
(٢) بدائع الصنائع ص ٢٩٦ ، ٣١١ .
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٠ ـ شرح الدردير ص ٢٤١ .
(٤) الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٩٦ ، (٥) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .
(٦) نهاية المحتاج ص ٣٢١ ، ٣٢٣ .

محددة على وجه التعيين ، فما ذكر فى الكتب أمثلة على المعانى التى تذهب وفيها الدية .

٣٧٤ — ويجب أن نلاحظ فى هذا المقام الفرق الظاهر بين اتجاه مالك والشافعى من ناحية فى تعيين المعانى التى تجب فيها الدية و بين اتجاه أبى حنيفة وأحمد ، فالأولان لايجعلان فى المعنى دية إلا إذا كان فى فوات المعنى فوات منفعة أما الأخيران فيجعلان فى المعنى دية إذا كان فى فوات المعنى فوات الجمال ولو لم يكن قد فاتت به منفعة .

٣٧٥ — **مايجب فى فوات بعض المعنى** : ـ القاعدة عند الفقهاء أنه إذا فات المعنى كله وجبت فيه الدية ، فإن فات بعضه وجب فيه بعض الدية بنسبة مافات ، هذا إذا كان التبعض معروفاً كذهاب الإبصار من عين دون أخرى أو كذهاب السمع من أذن دون أخرى أو كان الذاهب ممكن التقدير ، أما إذا كان الغائب لايمكن معرفة قدره فيرى الشافعى وأحمد أن فيه حكومة وهذا هو قياس مذهب أبى حنيفة ، أما مالك فيرى أن يقابل النقص بما يناسبه من الدية فى كل حال ، وفى حالة تعذر التقدير الدقيق يقدر الناقص بأدنى مايمكن وأكثر مايمكن ، وفى العمد يلزم المتعمد بالأكثر لأنه ظالم ، والظالم أحق بأن يحمل عليه ، وفى الخطأ يلزم المخطىء بأقل مايمكن[١] .

مايجب فيه أرش مقدر

٣٦٧ - يجب الأرش المقدر فى الأطراف وفى الشجاج والجراح .

الأطراف التى لها أرش مقدر : ـ شمل كلامنا عما تجب فيه الدية من الأطراف الكلام عن الأطراف التى يجب فيها أرش مقدر ـ ففى كل اثنين من البدن فيهما كمال الدية وفى أحدهما نصف الدية وهذا هو الأرش المقدر كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين والثديين ، فأرش اليد المقدر نصف دية

---

(١) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٤٣ ـ مهذب جـ ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ المغنى جـ ٩ ص ٥٩٦ ، ٥٩٩ الشرح الكبير جـ ٩ ص ٥٩٩ ، ٦٠٢ .

اليدين معاً ، وأرش الرجل نصف دية الرجلين معا وهكذا وأرش العين الواحدة هو نصف دية العينين ولكن مالكاً يخالف باقى الفقهاء فى عين الأعور هو وأحمد .

وفى أصابع اليدين والرجلين ، فى كل أصبع عشر الدية ، وما كان من الأصابع فيه ثلاث مفاصل ففى كل مفصل ثلث أرش الأصبع ، وما كان فيه مفصلان ففى كل واحد منهما نصف الأرش وما وجبت الدية فى أربعة منه ففى الواحد منه ربع دية وهذا هو أرشه المقدر ، ففى أشفار العينين الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباع الدية وفى الاثنين نصفها وفى الواحد ربع الدية وهذا هو أرشه المقدر .

وفى كل سن كما عرفنا خمس من الإبل وهذا هو الأرش المقدر للسن .

وهكذا نستطيع أن نعرف الأطراف التى فيها أرش مقدر إذا رجعنا للأطراف التى فيها الدية الكاملة والتى لها نظائر فى البدن أما الأطراف التى لانظائر لها فى البدن ففيها الدية الكاملة وحدها ، والأرش المقدر يجب أن يكون أقل من الدية .

أرش الشجاج

٣٧٧ ـ عرفنا مما سبق عدد الشجاج وأسماءها وأن مكانها الرأس والوجه وبقى أن نعرف إن كان لهذه الشجاج أرش مقدر أم لا .

ومن المتفق عليه أن ماقبل الموضحة من الشجاج ليس له أرش مقدر سواء على رأى القائلين بأنها خمسة أو القائلين بأنها ستة وهناك رواية عن أحمد بأن فى الدامية بعيراً وفى الباضعة بعيرين وفى المتلاحمة ثلاثة وفى السحاق أربعة وحجته أن زيد بن ثابت قضى بهذا ولكن هذا الرأى ليس المذهب[1] .

أما مايجب فيه أرش مقدر من الشجاج فهو الموضحة وما بعدها أى الهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة .

---

(١) الشرح الكبير جـ ٩ ص ٦١٩ ـ شرح الدردير ص ٢٤٠ ـ بدائع الصنائع ص ٣١٦ تابع المهذب جـ٢ ص ٢١٢ .

٣٧٨ - الموضحة : - يجب فى الموضحة خمس من الإبل لما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم «وفى الموضحة خمس من الإبل» ولما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه السلام أنه قال : « فى المواضح خمس خمس » .

ويجب الأرش فى كل موضحة ، فى الصغيرة والكبيرة ، وفى البارزة والمستورة بالشعر . لأن اسم الموضحة يقع على الجميع . وأرش موضحة الوجه والرأس سواء عند الأئمة الأربعة. ولكن لأحمد رأى مخالف يرى فيه أن يكون أرش موضحة الوجه مضاعفاً ، لأن شينها أكثر ولأنها ظاهرة ولا يسترها الشعر كما هو الحال فى موضحة الرأس[1] .

ولا يجب مع الأرش شىء آخر عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ولو برئت الموضحة على شين والمشهور عند مالك أنه إذا برئت على شين موضحة الوجه أو الرأس، أخذ من الجانى حكومة مقابل الشين وهذه الحكومة علاوة على الأرش[2]

ولا يجب الأرش إلا فى موضحة الرأس والوجه ، أما موضحة الجسد فليس فيها شىء مقدر وإنما فيها الحكومة ، وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز وجب عليه أرش موضحتين . وإن أزال الحاجز بينهما قبل البرء فهما موضحة واحدة عليه أرشها ، فإن اندملتا ثم أزال الحاجز فعليه أرش ثلاث مواضح . لأنه استقر عليه أرش الأولين بالاندمال . ثم لزمته الثالثة ، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو بسراية لأخرى ، فعليه أرش موضحتين ، أما إذا زال الحاجز بفعل المجنى عليه أو بفعل أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين ، وعلى الأجنبى أرش موضحة . لأن فعل كل لا ينبنى على فعل الآخر ، فانفرد كل بحكم جنايته . وهذا هو مذهب الشافعى وأحمد .

وإذا شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة ، وبعضها دون الموضحة ، لم يلزمه

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢١ .
(٢) شرح الدردير ص ٢٤١ .

أكثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك . فلأن لا يلزمه فى الإيضاح فى البعض أكثر من ذلك أولى[١] .

٣٧٩ - الهاشمة : - ويجب فى الهاشمة وهى التى توضح العظم، وفى الهاشمة عشر من الإبل ، ولم يعرف عن النبى صلى الله عليه وسلم تقدير فيها . وإنما هو مروى عن زيد بن ثابت. والهاشمة فى الرأس والوجه والرأس خاصة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد . أما مالك فلا يعرف الهاشمة إلا فى جراح البدن . ويضع بدلا منها ـ أى الهاشمة ـ المنقلة فى الوجه والرأس[٢] .

ولو ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير إيضاح ففى مذهب أحمد والشافعى رأيان أولهما يوجب الحكومة لأنه كسر عظم من غير إيضاح والثانى يوجب خمساً من الإبل لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عشر من الإبل وقد وجد الهشم ففيه خمس من الإبل[٣]

٣٨٠ - المنقلة : وتجب فى المنقلة خمس عشرة من الإبل لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « فى المنقلة خمس عشرة من الإبل » والمنقلة زائدة على الهاشمة فهى التى تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم .

٣٨١ - الآمة : وتسمى الآمة والمأمومة وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ وأرشها ثلث الدية لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم « وفى المأمومة ثلث الدية » ولما روى عكرمة بن خالد أن النبى قضى فى المأمومة بثلث الدية .

---

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٣ وما بعدها ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٢ ، ٢١٣ شرح الدردير ص ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٢) شرح الدردير ص ٢٢٣ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٣ ـ بدائع الصنائع ٣١٦ .

(٣) مهذب ج ٢ ص ٢١٣ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٣٨٢ ـ **الدامغة** : ويوجب الفقهاء فى الدامغة ثلث الدية ، ويرى بعض فقهاء مذهبى الشافعى وأحمد أنه يجب فيهما ثلث الدية لمساواتها بالآمة وحكومة فيما زاد عنها لأنها تزيد عنها خرق جلدة الدماغ ولا يهتم الفقهاء كثيراً بالدامغة لأنها تؤدى غالباً للموت[1] .

أرش الجراح

٣٨٣ ـ الجراح كما علمنا على نوعين : جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة فهى الجراحات التى لاتصل إلى جوف والواجب فيها الحكومة فإن أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة لأنها لاتشارك نظائرها من الشجاج التى فى الرأس والوجه فى الاسم ولا تساويها فى الشين والخوف على المجنى عليه منها ولذلك لم تساوها فى تقدير الأرش .

أما الجائفة وهى التى تصل إلى الجوف من البطن أو الظهر أو الصدر أو الورك فالواجب فيها ثلث الدية لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « فى الجائفة ثلث الدية » .

وإن خرقه من جانب فخرج من جانب آخر فهما جائفتان عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أما فى مذهب الشافعى فاختلفوا فى الثقب الحاصل من الداخل إلى الخارج فاعتبره بعضهم جائفة وهو الرأى الراجح فى المذهب لأنها جراحة نافذة للموت وتساوى الآتية من الخارج ومن ثم أوجبوا فيها أرش الجائفة أما حجة الرأى المضاد فأوجبوا فى الجراحة الثانية حكومة لأن الجائفة عندهم ما تصل من الخارج إلى الداخل[2] .

---

(١) الشرح الكبير ص ٦٢٧ ، ٦٢٨ ـ وباقى المراجع كما هى .

(٢) دردير ج ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ـ بدائع الصنائع ص ٣١٨ ، ٣١٩ ـ مهذب ج ٢ ص ٢١٤ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٩ .

هل تتساوى الديات لكل الأشخاص

الأنثى ثم بعدها التطافؤ

٣٨٤ – دية الأنثى فيما دون النفس : يرى أبو حنيفة والشافعى أن دية المرأة على النصف من دية الرجل نفساً وجرحاً وأطرافاً[١] فأرش أصبع الرجل عشرة من الإبل وأرش أصبع المرأة خمس من الإبل . وأرش الهاشمة فى الرجل عشر من الإبل ، وفى المرأة خمس ، وأرش الجائفة فى الرجل ثلث ديته وأرش الجائفة فى المرأة ثلث ديتها وهى على النصف من دية الرجل .

أما مالك وأحمد فعندهما أن أرش جراح المرأة يساوى أرش جراح الرجل إلى ثلث الدية فإن جاوز الأرش ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل فمثلا إذا قطع لامرأة ثلاث أصابع أخذت أرشها ثلاثين من الإبل كما يأخذ الرجل لأن الأرش لم يجاوز ثلث الدية فإذا كان المقطوع أربع أصابع أخذت أرشها عشرين من الإبل لأن أرش الأصابع الأربع أربعون من الإبل ، وهذا القدر يزيد على ثلث الدية فتأخذ النصف فقط[٢] وهذه القاعدة مطلقة غير مقيدة بقيد عند أحمد أما مالك فيقيدها بقيدين أولها : اتحاد الفعل أو ما فى حكمه و يقصد باتحاد الفعل الضربة الواحدة ولو أصابت أكثر من محل كما لو ضرب الجانى المجنى عليها ضربة واحدة فأصابت يديها معاً أو يدها ورجلها ويقصد بما فى حكم اتحاد الفعل تعدد الضربات فى فور واحد سواء أصابت محلا واحداً أم أكثر فإذا اتحد الفعل أو كان فى حكم المتحد فإن المجنى عليها أرش إصاباتها كاملا . إذا لم يزد مجموعه على ثلث الدية فإن زاد فلها النصف فقط ولا ينظر إلى كل إصابة وحدها فمثلا لو ضربها ضربة واحدة أو ضربتين فى فور واحد فأصاب أصبعين من كل يد فمجموع أرش الأصابع الأربع ، أربعون من الإبل وهذا المجموع يزيد على ثلث الدية فيكون المستحق لها النصف فقط ولو ضربها فأصاب أربعة أصابع من يد واحدة فالحكم هو نفس ما سبق .

---

(١) بدائع الصنائع ص ٣١٢ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٣ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٨ .

والقيد الثانى: هو اتحاد المحل، ويراعى هذا القيد سواء اتحد الفعل أو لم يتحد الفعل فمثلا إذا ضربها فأصاب من يدها اليمنى ثلاث أصابع فدية الأصابع الثلاث ثلاثون من الإبل وهى لاتبلغ ثلث الدية فتستحقها كلها فلو ضربها هو أو غيره مرة ثانية فأصاب أصبعاً أخرى من نفس اليد فأرشها خمس من الإبل لأن مجموع أرش هذه الأصبع مع أرش الثلاث المقطوعة سابقاً يزيد على ثلث الدية وكذلك الحكم لو أصابت من المرة الثانية هذه الأصبع وأصبعين من اليد الأخرى فإنه يأخذ خمساً من الإبل فى الأصبع الرابعة من اليد اليمنى وعشرين فى الأصبعين المقطوعين من اليسرى لأنه قطع بضربته ثلاث أصابع أرشها لايبلغ ثلث الدية فتستحق عن كل أصبع عشرة من الإبل ؛ لكن لما كان الأصبع الرابع من اليد اليمنى تطبق فيه قاعدة اتحاد المحل فلا تستحق فيه إلا خمساً من الإبل وتراعى قاعدة اتحاد المحل على الرأى الراجح فى الأصابع فقط ولاتراعى فى الأسنان ولافى المواضح والمناقل وتراعى قاعدة اتحاد الفعل ومافى حكمه فى كل الأحوال فلو شجت المرأة منقلتين فى فور واحد فأرشهما ثلاثون من الإبل لأن مجموع أرشهما لايبلغ ثلث الدية . ولو شجت أربع مناقل فى فور واحد أو بضربة واحدة فمجموع أرشها ستون من الإبل وهو يزيد على ثلث الدية فيكون لها النصف من دية الرجل وهو ثلاثون من دية الإبل فإذا أصيبت بعد شفائها بمنقلة أخرى أو منقلتين أخذت أرشهما كاملا لأنه لايبلغ ثلث الدية ولأن قاعدة اتحاد المحل لاتراعى فى المناقل .[1]

٣٨٥ - الأرش غير المقدر أو الحكومة : يجب الأرش غير المقدر فى الجنايات الواقعة على مادون النفس مما لاقصاص فيها وليس لها أرش مقدر ويسمى الأرش غير المقدر فى اصطلاح الفقهاء حكومة أو حكومة العدل .

ومعنى الحكومة عند الأئمة الأربعة: أن تقدر قيمة المجنى عليه باعتباره عبداً قبل الجرح ثم تقدر قيمته بعد الجرح والبرء منه ثم تعرف نسبة النقص فى القيمة

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .

ثم يؤخذ من الدية بنسبة هذا النقص ، فذلك هو مايستحقه المجنى عليه ولـكن يشترط أن لاتبلغ الحـكومة أرش جرح مقدر . فمثلا إذا كان الجرح مما قبل الموضحة كالسمحاق فلا يجوز أن يبلغ أرش الموضحة ، وحكى عن مالك أنه ماتخرجه الحـكومة كائنا ما كان لأنها جراحة لامقدر فيها فوجب فيها مانقص كما لو كانت فى سائر البدن .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى أن يكون التقدير بالنسبة للعضو الذى حدثت به الإصابة لا بالنسبة للنفس ، أى أنه علم نسبة النقص قدر النقص على أساس دية العضو الذى أصيب لا على أساس دية النفس ، فإن كان النقص هو العشر مثلا والجناية على اليد فالحـكومة عشر دية اليد ، لاعشر دية النفس ، وإن كانت الجناية على أصبع فالحـكومة عشر دية الأصبع . وحجة هؤلاء أن اعتبار دية النفس قد يؤدى إلى أن تزيد الحكومة على دية الطرف الذى حدثت به الجناية .

وطريقة التقدير على أساس فرض المجنى عليه عبداً لاتصلح اليوم لأن الرقيق أبطل من العالم فلا يمكن معرفة القيم المختلفة .

ولقد علمنا أن بعض الفقهاء فى مذهب أحمد والشافعى يرون أن ماقبل الموضحة إذا أمكن معرفة قدره من الموضحة وجب فيها على قدر ذلك من أرش الموضحة ، ولعل هذه الطريقة يمكن استخدامها الآن فى تقدير الحـكومة فيقدر كل مافيه حكومة على أساس مافوقه مما له أرش مقدر .

ويشترط الفقهاء فى تقدير الحـكومة أن يكون التقدير بمعرفة ذوى عدل من الفنيين فيأخذ القاضى بقولهما ، وأن يكون التقدير بعد البرء لاقبله ويصح أن يجتهد القاضى فى التقدير .

ومن المتفق عليه أن الحـكومة تجب إذا شفى الجرح على شين فإذا شفى على غير شين فقد اختلفوا ، فيرى أحمد والشافعى أن الحـكومة تجب ولو شفى الجرح على غير شين ، ويرى مالك التعزير فقط ، ويرى أبو يوسف أن فيها حكومة الألم ، ويرى محمد أن فيها أجرة الطبيب[1] .

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٢٤ – المهذب ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ – الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٣٧ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٢٧ – الإقناع ج ٤ ص ٢٢٣ .

وحين يقول بعض الفقهاء أن المجروح إذا برئت على غير شين ليس فيها شيء فمعنى ذلك أن ليس فيها مال ، أما التعزير فواجب فيها طبقاً للقواعد العامة لأن الجناية اعتداء ، وكل اعتداء ليس فيه حد مقدر فيه التعزير .

وكل جناية لم تترك أثراً إطلاقاً كاللطمة واللكم والضرب بمثقل لا يترك أثراً ولا يلون الجسم ليس فيها ضمان وإنما فيها التعزير .

٣٨٦ — ومقدار الدية فيما دون النفس عمداً هو مقدار الدية فى النفس عمداً ، مائة من الإبل وهى مربعة على ما يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد ، ومثلثة على ما يرى الشافعى ومحمد بن الحسن كما ذكرنا قبلا

وإذا كان المستحق أقل من دية كاملة ، روعيت النسبة فى أوصاف الإبل فمثلا إذا كان الأرش عشرة من الإبل كان أرباعاً أو أثلاثاً على حسب الرأيين المختلفين اللذين ذكرناهما .

٣٨٧ — الأجناس التى تجب فيها الدية هى نفس الأجناس التى سبق الكلام عليها فى العمد فى النفس .

٣٨٨ — **تغليظ الدية** : يرى بعض فقهاء مذهب أحمد أن الدية تغليظ فى العمد وفى الخطأ وفى النفس وما دون النفس ، ويرى البعض أنها لا تغلظ إلا فى القتل الخطأ فقط وأنها لا تغلظ فيما دون النفس (١) .

ويرى مالك أنها تغلظ فيما دون النفس فى العمد فى حالة واحدة وهى جنايات الوالد على ولده وكيفية التغليظ عنده تثليث الدية (٢) أما أبو حنيفة والشافعى فلا يريان التغليظ فيما دون النفس ولكن الشافعى يرى التغليظ فى الخطأ فيما دون النفس كما هو الحال فى النفس . كما ورد ذلك فى الجزء السابع من نهاية المحتاج .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٠٠ — الإقناع ج ٧ ص ٢١٥ .
(٢) شرح الدردير ص ٣٧ .

٣٨٩ — من يحمل الدية فى العمد ؟ يحمل الدية فى العمد الجانى فى كل الأحوال باتفاق الفقهاء ، ولكن مالكا يستثنى فى حالة العمد أرش الجراح التى لا يمكن القصاص فيها خوف تلف الجانى كالجائفة والآمة وكسر العمد ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجانى ما يبلغ ثلث دية الجانى والمجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تكون الجناية قد ثبتت على الجانى بالاعتراف لأن العاقلة لا تحمل اعترافا [1] .

٣٩٠ — هل تجب الدية حالا ؟ تجب الدية حالة فى العمد عند مالك والشافعى وأحمد ، وتجب مؤجلة إلى ثلاث عند أبى حنيفة وما يحمله مالك للعاقلة من العمد يجب مؤجلا إذا زاد على ثلث دية المجنى عليه أو الجانى [2] والمعتبر فى التأجيل أن الدية الكاملة تؤجل فى ثلاث سنوات ، فلا يقل القسط عن ثلث الدية ، ومازاد عن الثلث يدفع فى السنة الثانية ، فإن كان الواجب أكثر من الثلثين دفع ما زاد عن الثلثين فى السنة الثالثة .

٣٩١ — التداخل فى الديات : تكلمنا فيما سبق عن التداخل بمناسبة الكلام على ديات الأطراف والمعانى ونرى من الأفضل أن تجمع أحكام التداخل فى مكان ليكون ذلك أعون على فهمها .

تداخل ديات الأطراف :

لا تتداخل دية طرف فى طرف ، وإنما تتداخل دية بعض الطرف فى دية بعضه الآخر إذا كانت دية البعض هى دية الكل ، أو كانت دية الكل تشمل دية البعض .

فاليد طرف فيها دية واحدة إذا قطعت الكف مع الأصابع ، وإذا قطعت الأصابع وحدها ففيها الدية ، فإذا قطعت الكف بعد ذلك ففيها حكومة لأن ديتها

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ — المغنى ج ٩ ص ٤٨٨ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ .

دخلت فى دية الأصابع ومثل اليد الرجل ، والأجفان فيها الدية ، والأهداب فيها الدية أيضاً على رأى فإذا قطع الأجفان مع الهدب ففيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد وإذا قطعت الأهداب ففيها الدية فإذا قطعت الأجفان بعدها ففيها حكومة لأن ديتها دخلت فى دية الأهداب .

وفى الثدى الدية ، وفى حلمة الثدى الدية ، فإذا قطع الثدى والحلمة معاً ففيهما دية واحدة لأن العضو واحد ، فإذا قطعت الحلمة وحدها ففيها الدية ، وإذا قطع الثدى بعد ذلك ففيه حكومة لأن ديته دخلت فى دية الحلمتين .

وفى الذكر الدية ، وفى الحشفة الدية ، فإذا قطع الذكر كله ففيه دية واحدة. وإذا قطعت الحشفة وحدها فلا دية للباقى ، لأن ديته تدخل فى دية الحشفة .

وفى الأنملة ثلث دية الأصبع إلا الإبهام فنصفه ، وفى الظفر خمس دية الأصبع عند أحمد ، فلو قطعت الأنملة مع الظفر فأرش الأنملة هو الواجب ، لأن أرش الظفر دخل فى أرش الأنملة .

تداخل ديات المعانى :ـ لا تتداخل دية معنى فى معنى آخر ولو كان محلهما واحداً فكل معنى مستقل له دية مستقلة لا تدخل فى معنى غيره ، وإنما تتداخل ديات المعانى فى ديات محالها من الأطراف ، فإذا كان الطرف محلا لمعنى فزال المعنى وحده وبقى الطرف وجبت الدية فى المعنى ، وإذا زال الطرف مع المعنى دخلت دية المعنى فى دية الطرف ووجبت دية واحدة ـ فالعين محل الإبصار فإذا فقئت العين فزال الإبصار وجبت دية واحدة لزوال الطرف وهو العين ومعناه وهو الإبصار وإذا بقيت العين قائمة وزال الإبصار وجبت دية واحدة للمعنى .

تداخل أروش الجراح والشجاج :ـ لا تدخل أروش الجراح والشجاج بعضها فى بعض إلا إذا اتصل بعضها ببعض قبل الاندمال بفعل الجانى أو بالسراية فمن أوضح آخر موضحتين أو أجافه جائفتين بينهما حاجز ثم خرق الحاجز أو ذهب الحاجز بالسراية فعليه أرش موضحة واحدة وجائفة واحدة ، فإذا زال الحاجز بفعل غير الجانى وبغير السراية فعليه أرش موضحتين وجائفتين .

تداخل ما دون النفس في النفس : ـ وهناك بعد ذلك تداخل أعم ، وهو تداخل ديات ما دون النفس فى دية النفس ولكن لا تدخل دية ما دون النفس فى النفس إلا إذا كانت الأفعال كلها من نوع واحد كأن كانت كلها عمداً أو خطأ أو شبه عمد وكانت الجناية على النفس قبل برء الجنايات على مادون النفس؛ فإذا توفر هذان الشرطان دخل مادون النفس فى النفس ووجبت دية واحدة فقط أما إذا برىء بعض مادون النفس قبل الجناية على النفس فلا يدخل فى النفس إلا مالم يندمل . وتجب ديات ما برىء قبل الجناية على النفس ، ودية النفس؛ والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن ما برىء قبل النفس استقر حكمه وثبت فى ذمة الجانى . فإن قتل عمداً والجنايات على الأطراف خطأ وجبت ديات الأطراف ودية النفس وكذلك لو كان القتل خطأ والجنايات الأخرى عمداً ولو كان الجانى واحداً وهذا هو الرأى الراجح .[1]

المقوبة البدلية الثانية

« التعزير »

٣٩٢ ـ تكلمنا عن التعزير كعقوبة بدلية للقصاص فى حالة الجناية على النفس وماقلناه هناك ينطبق هنا مع مراجعة ما كتبناه عن التعزير كعقوبة أصلية .

عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ

٣٩٣ ـ عقوبة الجناية على ما دون النفس خطأ هى الدية أو الأرش وهى العقوبة الأصلية الوحيدة وليس ثمة من عقوبة بدلية لازمة للدية ، ولكن إذا شاءت الهيئة التشريعية أن تجعل لهذه الجناية عقوبة تعزيرية أصلية أو بدلية فليس فى نصوص الشريعة مايمنع هذا . وإذا كان مالك يوجب التعزير فى العمد ولا يوجبه

---

(١) بدائع الصنائع ص ٣٠٣ ـ نهاية المحتاج ص ٣٢٤ ـ مغنى ج ٩ ص ٣٨٦ ، ٣٩٦

فى الخطأ فليس معنى ذلك أنه يمنع من التعزير فى الخطأ وإنما معناه أنه رأى عقوبة التعزير واجبة فى العمد للردع ولم يرها لذلك فى حالة الخطأ .

والدية يقصد منها الدية الكاملة ، والأرش يقصد به ما هو أقل من الدية ، والأرش مقدر وغير مقدر ، وقد تكلمنا عن هذه المعانى جميعها بمناسبة الكلام على الدية فى العمد ، ولا فرق بين ما قيل هناك وما يمكن أن يقال هنا .

٣٩٤ ـ ومقادير الدية وما تجب فيه كاملة وناقصة وما تجب فيه الحكومة كل ذلك قد تكلمنا عنه بمناسبة الكلام عن الجناية على مادون النفس عمداً ، والواقع أنه لا فرق بين عقوبة الديةفى العمد والخطأ من حيث الوجوب وما تجب فيه ، والأجناس التى تجب فيها الدية ، وغير ذلك من المواضع التى تكلمنا فيها بمناسبة الكلام عن الدية ونستطيع أن نحصر الفرق بين الديات فى الخطأ وبينها فى العمد فيما يأتى :

١ ـ **من يحمل الدية ؟** : يحملها فى العمد الجانى كما ذكرنا إلا ما استثناه مالك ، ويحملها فى الخطأ باتفاق العاقلة ، ويرى الشافعى وأحمد أن الجانى لا يحمل مع العاقلة شيئاً ، ويرى أبو حنيفة ومالك أنه يحمل معها ، والمقدار الذى تحمله العاقلة يختلف بحسب آراء الفقهاء لما ذكرنا فى القتل الخطأ .

٢ ـ **أوصاف الإبل** ـ الدية فى الخطأ تجب مخمسة باتفاق الفقهاء .

٣ ـ **التغليظ فى الخطأ** ـ يرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد كما يرى الشافعى التغليظ فيما دون النفس ولكن الظاهر[1] أن المذهب هو عدم التغليظ ، ولا يرى أحد من الأئمة الآخرين التغليظ فى الخطأ فيما دون النفس .

٤ ـ **تأجيل الدية** ـ تجب دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين إذا كانت كاملة.

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٠٠ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢١٥ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠١ .

الفصل الثالث

الجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه

أى الجناية على الجنين أو الإجهاض

٣٩٥ - يعبر الحنفية عن هذه الجناية بالجناية على ماهو نفس من وجه دون وجه ، لأن الجنين يعتبر نفساً من وجه ، ولا يعتبر كذلك من وجه آخر فيعتبر نفساً من وجه لأنه آدمى ، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه ، و يعللون ذلك بأن الجنين مادام مختبئاً فى بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه لكونه فى حكم جزء من الأم ، لكنه لما كان منفرداً بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية الخ[1] .

ولذلك اعتبر نفساً من وجه إذا نظرنا إلى أنه أهل لوجوب الحق له ، ولم يعتبر كذلك من وجه آخر إذا نظرنا إلى أنه ليس أهلا لوجوب الحق عليه وصار نفساً من كل وجه : فإذا انقلب على مال إنسان فأتلفه ضمنه ، و إذا زوجه وليه لزمه مهر امرأته فى ماله .

٣٩٦ - و يعبر المالكية والشافعية والحنابلة عن هذه الجناية بالجناية على الجنين ولكن اختلاف الفقهاء فى التعبير عن الجناية ليس له أية أهمية لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو مايقصده الآخرون بالذات ، ومحل الجناية عندهم جميعاً هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين أو هو كل ما يؤدى إلى انفصال الجنين عن أمه[2] .

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ - الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

٣٩٧ — ما يجهض الحامل : تقع هذه الجناية كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه ، وقد ينفصل الجنين حياً وقد ينفصل ميتاً ، وتعتبر الجناية تامة بحدوث الانفصال بغض النظر عن حياة الجنين أو موته ، وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة ؛ إذ العقوبة فى هذه الجناية تختلف باختلاف نتائج الفعل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة .

ولا يشترط فى الفعل المكون للجناية أن يكون من نوع خاص ، فيصح أن يكون عملا ويصح أن يكون قولا ويصح أن يكون الفعل مادياً ويصح أن يكون معنوياً .

ومن الأمثلة على الفعل المادى الضرب والجرح والضغط على البطن ، وتناول دواء أو مواد تؤدى للاجهاض ، وإدخال مواد غريبة فى الرحم أو حمل حمل ثقيل[1] .

٣٩٨ — ومن الأمثلة على الأقوال والأفعال المعنوية التهديد وافزاع والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل والصياح عليها فجأة وطلب ذى شوكة لها أو لغيرها أو دخول ذى شوكة عليها[2] ومن الوقائع المشهورة فى هذا الباب أن عمر رضى الله عنه بعث إلى امرأة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ماتقول يا أبا الحسن ؟ فقال إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك إن ديته عليك لأن أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لاتبرح حتى تقسمها على قومك[3] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج٥ ص ٣١ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ — المغنى ج ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ — الاقناع ج ٣ ص ٢٠٩

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٧٩ .

ومن الأمثلة على الأفعال المعنوية تجويع المرأة أو صيامها ، فلو صامت فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجناية ومثل ذلك شم ريح ضار بالحامل[١]

ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتما مؤلماً يسأل جنائياً إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة[٢]

ويصح أن يقع الفعل المكون للجناية من الأب أو الأم أو من غيرها وأياً كان الجانى فهو مسؤول عن جنايته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة .

٣٩٩ - انفصال الجنين : - ولا تعتبر الجناية على الجنين قائمة مالم ينفصل الجنين عن أمه ، فمن ضرب امرأة على بطنها أو أعطاها دواء فأزال مابيطنها من انتفاخ أو أسكن حركة كانت تشعر بها فى بطنها لايعتبر أنه جنى على الجنين لأن حكم الولد لايثبت إلا بخروجه ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح فى البطن سكنت ، فهناك شك فى وجود أو موت الجنين ، ولا يجب العقاب بالشك، وهذا هو رأى الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته[٣]

ولكن الزهرى يرى أن على الجانى العقوبة لأن الظاهر أنه قتل الجنين .

والرأى الذى يجب العمل به اليوم بعد تقدم الوسائل الطبية أنه إذا أمكن طبياً القطع بوجود الجنين وموته بفعل الجانى فإن العقوبة تجب على الجانى ، وهذا الرأى لا يخالف فى شىء رأى الأئمة الأربعة لأنهم منعوا العقاب للشك ، فإذا زال الشك وأمكن القطع وجبت العقوبة ، ولا يكفى انفصال الجنين لمسؤولية الجانى بل يجب أن يثبت أن الانفصال جاء نتيجة لفعل الجانى ، وأن علاقة السببية قائمة بين فعل الجانى وانفصال الجنين .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣١ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ حاشية ابن عابدين ص ٥١٧ .

٤٠٠ – والجنين هو كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد . ويرى مالك مسؤولية الجانى عن كل ما ألقته المرأة مما يعلم أنه حمل سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة أو دماً . ويرى أشهب من فقهاء المالكية أن لامسؤولية عن طرح الدم ، وإنما المسؤولية عن طرح العلقة والمضغة ، بينما يرى ابن القاسم المالكى أيضاً مسؤولية الجانى عن الدم المجتمع الذى إذا صب عليه الماء الحار لايذوب،لا الدم المجتمع الذى إذا صب عليه الماء الحار يذوب لأن هذا لاشىء فيه[1].

٤٠١ – ويرى أبو حنيفة والشافعى مسؤولية الجانى عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه ، فإذا ألقت مضغة لم يتبين فيها شىء من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدأ خلق آدمى لو بقى لتصور ، فالجانى مسؤول أيضاً[2] .

٤٠٢ – ويرى الحنابلة مسؤولية الجانى إن أسقطت المرأة مافيه صورة آدمى ، فإن أسقطت ماليس فيه صورة آدمى فلا مسؤولية حيث لا دليل على أنه جنين ، وإذا ألقت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية كان الجانى مسؤولا جنائياً . وإن شهدوا أنه مبدأ خلق آدمى لو بقى لتصور ففيه وجهان : أصحهما لامسؤولية عنه لأنه لم يتصور فهو فى حكم العلقة ولأن الأصل البراءة فلا مسؤولية بالشك ، والثانى يسأل لأنه مبتدأ خلق آدمى أشبه مالو تصور[3] .

والجنين قد ينفصل عن أمه حياً وقد ينفصل ميتاً وللتفرقة بين الحالتين أهمية كبرى لأن العقوبة تختلف باختلاف الحالين .

وتثبت الحياة للجنين بكل ما يدل على الحياة من الاستهلال أى الصياح والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك ، ومجرد الحركة لايعتبر دليلا قاطعا على الحياة لأن الحركة قد تكون من اختلاج الجسم إثر خروجه من ضيق فوجب أن تكون الحركة بحيث تقطع بحياة الجنين أو أن يكون هناك دليل آخر على الحياة[4]

---

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ – بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٩ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٢ .

(٣) المغنى ج ٩ ص ٥٣٩ .

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ – حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٣٧ .

٤٠٣ ـ ويشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلا حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه ، فلا يكون فى حالة نزع أو فى الرمق الأخير ، وأن يكون سقوطه أو انفصاله لوقت يعيش لمثله أى أن يكون لستة أشهر فصاعدا ، فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتا ، ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لايتصور بقاؤها، ولأن الجنين لا يعيش غالبا إذا انفصل لأقل من ستة أشهر وبهذا الرأى قال المزنى من أصحاب الشافعى[1] .

٤٠٤ ـ ويعتبر المالكية والحنفية والشافعى الجنين منفصلا حيا عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل وفيه الحياة،ولا يعتبرونه منفصلا ميتا إلا إذا انفصل فاقد الحياة . وإذا علمت حياته قبل تمام الانفصال كما لوخرج رأسه فصرخ مراراً ثم تم انفصاله ميتا فيعتبر أنه انفصل ميتا لا حيا لأن العبرة بحالة الجنين عند تمام الانفصال[2]

٤٠٥ ـ ويشترط مالك وأبو حنيفة لمسؤولية الجانى عن قتل الجنين أن يكون انفصال الجنين قد حدث فى حياة الأم ، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجانى عن قتله إذا انفصل ميتا لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فتحقق موته بموتها فضلا عن أنه يجرى مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها وعلى هذا فمن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجانى ولا ضمان ولا عقاب بالشك .

أما إذا انفصل الجنين حيا بعد موت الأم فالجانى مسؤول عن قتله وعليه ديته إذا مات بفعله ، فإن لم يمت فعليه التعزير، وإذا انفصل بعضه ميتا فى حياتها ثم انفصل كله بعد موتها فحكمه حكم انفصاله كله ميتا بعد موتها[3] .

٤٠٦ ـ ويرى الشافعى وأحمد مسؤولية الجانى سواء انفصل الجنين بعد

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٥٠ ، ٥٥٢ .
(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦١ .
(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣٣ـ حاشية ابن عابدين ج٥ ص ٥١٨

وفاة الأم أو فى حياتها ، وسواء انفصل حياً أو ميتاً لأن الجنين تلف بجناية الجانى وعلم ذلك بخروجه فوجبت المسؤولية كما لو سقط فى حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتاً ، وليس صحيحاً أن حكمه حكم أعضاء الأم لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها ، وفضلا عن ذلك فهو آدمى موروث فلا يدخل فى ضمان أمه ، وكذلك الحكم لو انفصل بعضه من بطن أمه وخرج باقيه أو لم يخرج حيث تيقن وجود الجنين أولا وتيقن قتله ثانياً[1] .

٤٠٧ — ونستطيع أن نقول بعد تقدم الوسائل الطبية أن الرأى الذى يجب العمل به هو مسؤولية الجانى إذا تبين بصفة قاطعة أن الانفصال ناشىء عن فعل الجانى سواء انفصل الجنين فى حياة أمه أو بعد وفاتها . وسواء انفصل كله أو بعضه ، وهذا الرأى يتفق مع كل المذاهب لأن الذين يمنعون المسؤولية يمنعونها للشك وعدم التيقن فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجبت المسؤولية .

٤٠٨ — **قصد الجانى** : ـ مذهب مالك على أن الجناية على الجنين قد تكون عمدية وقد تكون خطأ ، فهي عمدية إذا تعمد الجانى الفعل ، وهى غير عمدية إذا أخطأ الجانى بالفعل ويتفق مذهب مالك مع الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى[2] .

٤٠٩ — والقائلون بأن الجناية عمدية يختلفون فى وجوب القصاص من الفاعل إذا انفصل الجنين حيا ثم مات بسبب الجناية ، فبعض المالكية يوجب القصاص والبعض يوجب الدية وأصحاب الرأى الراجح فى المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل فى الغالب مؤديا لنتيجة كالضرب على الظهر والبطن ، ويوجبون الدية إذا لم يكن الفعل مؤديا لنتيجة غالباً كالضرب على اليد والرجل[3]

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٠ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣٣ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٨ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣٣ .

٤١٠ — وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب الشافعى يرون مع الحنفية والحنابلة أن الجناية على الجنين لاتكون عمداً محضاً وإنما هى شبه عمد أو خطأ فهى شبه عمد إذا تعمد الجانى الفعل وهى خطأ إذا أخطأ به .

ولا تعتبر الجناية عمدية حال تعمد الفعل لأن العمد المحض بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبحيا ه ، كما يتوقف على قصد قتله وهو بعيد التصور[1] .

ويحتج هذا الفريق لرأيه بما روى عن جابر بن عبدالله أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب ، والعاقلة تحمل العمد ، فلو اعتبر الرسول العمد فى هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة .

٤١١ — وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد فى حالة انفصال الجنين حياً حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية القصاص من الجانى . بينما العقاب على غير العمد هو الدية ، أما فى حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد فى نوع العقوبة لأن العقوبة متفق عليها فى كل الأحوال وهى الغرة ، وإنما يظهر الفرق فى صفة العقوبة حيث تغلظ الغرة فى حالة العمد وشبه العمد ولا تغلظ فى حالة الخطأ[2] كذلك يظهر الفرق فى تحمل العقوبة حيث تكون فى مال الجانى وحده فى حالة العمد ، وتكون فى ماله أو مال العاقلة وحدها فى حالتى شبه العمد والخطأ على حسب التفصيل الذى ذكرناه عند الكلام على تحمل الديات[3] .

٤١٢ — العقوبة المقررة للجناية على الجنين : — تختلف العقوبة المقررة للجناية على الجنين باختلاف نتائج فعل الجانى وهذه النتائج لاتخرج عن خمس :

الأولى : أن ينفصل الجنين عن أمه ميتا . الثانية : أن ينفصل الجنين عن أمه حيا ثم يموت بسبب الفعل . الثالثة : أن ينفصل الجنين عن أمه حيا ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير الفعل . الرابعة : أن لاينفصل الجنين عن أمه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٦١٩ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ ، ٣٩٠ المغنى ج ٩ ص ٥٤٤ . نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ .

(٢) اسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

(٣) راجع الفقرة .

أو ينفصل بعد وفاتها . الخامسة : أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدى لموتها . وسنتكلم عن هذه النتائج واحدة بعد أخرى والعقوبات المقررة لها .

٤١٣ — **أولا : انفصال الجنين عن أمه ميتا** : إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فعقوبة الجانى هى دية الجنين ، ودية الجنين غرة عبداً أو أمَة قيمتها خمس من الإبل .

و لأصل فى الغرة ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه استشار الناس فى أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة فقال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى الرسول أن دية جنينها عبدأو أمَة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم[1]

والغرة فى اللغة الخيار وسمى العبد والأمَة غرة لأنهما من أنفس الأموال ويشترط الفقهاء فى العبد أو الأمة شروطا خاصة لم نر داعيا لذكرها بعد أن أبطل الرق فى العالم ، و بعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل .

٤١٤ — وتجب الغرة فى الجنين الذكر وفى الجنين الأنثى ولا فرق فى قيمة مايجب لكل منهما ويقدر الفقهاء دية الجنين الذكر بنصف عُشر الدية الكاملة ودية الجنين الأنثى بعشر دية الأم ، ولما كانت دية المرأة نصف دية الرجل فالنتيجة أن دية الجنين الأنثى تساوى نصف عشر الدية الكاملة[2] .

وتجب الغرة فى حالتى العمد والخطأ معا ولا فرق بين الحالتين إلا أن دية الجنين تغلظ فى حالة العمد وتخفف فى حالة الخطأ[3] و إلا أنها حالة فى مال الجانى

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٣٥ .

(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣٢ ـ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ ـ المغنى ج ٩ ص ٥٤١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٤ .

المتعمد لاتحمل العاقلة منها شيئا ، أما فى حالة الخطأ و يلحق بها شبه العمد فتحمل العاقلة الدية وحدها أو مع الجانى على حسب الآراء المختلفة التى فصلناها عند الكلام على الدية فى القتيل .

والغرة تورث على الجنين على فرائض الله وفى مذهب مالك رأى مرجوح بأنها للأم دون غيرها وهو مذهب الليث ؛ ومن المتفق عليه أن القاتل لايرث شيئا من الغرة إذ لاميراث للقاتل(١) .

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة ، فلو ألقت الحامل جنينين حيتين فعلى الجانى غرتان و إذا ألقت ثلاثة فعليه ثلاثة وهكذا(٢) .

و إذا ماتت الأم بعد وجوب الغرة فلا تدخل الغرة فى دية الأم بل تجب الغرة للجنين والدية للأم(٣) .

٤١٥ – ثانيا : انفصال الجنين عن أمه حيا وموته بسبب الفعل :

و إذا انفصل الجنين عن أمه حياومات بسبب فعل الجانى فالعقوبة القصاص عند من يراه من القائلين بوجود العمد أو هى الدية الكاملة عند غيرهم من القائلين بأن الفعل عمد أو القائلين بأنه شبه عمد وكذلك العقوبة الدية باتفاق فى حال الخطأ ، والفرق بين دية العمد وشبه العمد والخطأ ليس فى عدد الإبل ، و إنما فى صفاتها أو هو الفرق بين التغليظ والتخفيف ، كما أن دية العمد تكون فى مال الجانى وتكون حالة دائما بينما دية شبه العمد والخطأ ليست حالة وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجانى على حسب مختلف الآراء .

والدية الكاملة للجنين يختلف مقدارها باختلاف نوع الجنين ، فدية الذكر دية رجل ودية الأنثى دية امرأة أى نصف دية الرجل .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٤٢ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٣ – حاشية ابن عابدين ص ٥١٨ الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ – بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ص ٩٠ – المغنى ج ٩ ص ٥٤٣ – حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ الزرقانى ص ٣٣ .

(٣) المراجع السابقة .

وتتعدد الديات بتعدد الأجنة ، فلو ألقت المرأة جنينين ذكرين أو ثلاثة كان على الجانى ثلاث ديات كاملة .

وإذا ماتت الأم بسبب الجناية فلاتدخل دية الجنين فى ديتها ولاتدخل ديتها فى ديات الأجنة ولو تعددت .

٤١٦ — ثالثا . انفصال الجنين حياً ولم يمت : إذا انفصل الجنين حياًوعاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجناية على الجنين هى التعزير لاغير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله ، أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهى عقوبة القتل العادى لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حى .

والعقوبة التعزيرية التى توقع على الجانى يقدرها القاضى و يعينها من بين مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولى الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها .

٤١٧ — رابعا : انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله :

إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية فى هذه الحالات جميعاً هى التعزير مادام لم يقم دليل قاطع على أن الجناية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لادخل له فى ذلك[1] .

٤١٨ — خامسا : أن يترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أوموتها:

إذا ترتب على الجناية إيذاء الأم أو جرحها أو قطع طرف من أطرافها أوموتها فعلى الجانى عقوبة هذه الأفعال بغض النظر عن العقوبات المقررة للجناية على الجنين لأن العقوبات الأخيرة خاصة بالجنين وليست خاصة بما يصيب أمه ، فإذا أعطى رجل امرأة دواء بقصد إجهاضها فماتت بعد أن انفصل ولدها ميتا فعليه دية المرأة باعتبار أنه قتلها قتلا شبه عمد وعليه غرة دية الجنين،وإذا ماتت بسبب الفعل بعد انفصال ولدها حيا فعلى الجانى ديتان — دية المرأة ودية الجنين .

(١) راجع ما كتبناه عن انفصال الجنين .

وإذا ضرب شخص امرأة بالسيف فقدبطنها قاصداً قتلها فأسقط منهاجنينين أحدهما أصابه السيف فنزل ميتاً والثانى نزل حياً ثم مات وماتت المرأة فعلى الجانى القصاص فى قتل المرأة وعليه دية كاملة للجنين الذى نزل حياً وغرة للجنين الذى نزل ميتاً .

وإذا ضربها فقطع زراعها فألقت ولدها ميتاً فعليه القصاص فيما فعل بالمرأة وعليه غرة دين الجنين .

وإذا ضربها ضرباً لم يترك أثراًفأجهضت جنيناً انفصل عنهاميتاً فعليه التعزير فى ضرب المرأة وعليه غرة دية الجنين .

٤١٩ — الكفارة : — وهناك عقوبة أخرى للجناية على الجنين هى عقوبة الكفارة[1] ويعاقب الجانى بها كلما ألقت الأم جنينها سواء ألقته حياً أو ميتاً وسواء كان الجانى هو الأم أو أجنبي عنها ، وإن ألقت الأم أجنة ففى كل جنين كفارة وهذا هو رأى الشافعى وأحمد[2] .

وإذا اشترك جماعة فى الجناية فألقت المرأة جنيناًفديته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة .

ويجعل مالك الكفارة مندوباً إليها فى الجناية على الجنين وليست واجبة[3] .
أما أبوحنيفة فيفرق بين انفصال الجنين ميتاً وانفصاله حياً ويوجب الكفارة فى الحالة الثانية دون الأولى[4] .

---

(١) راجع ما كتب عن الكفارة فهو متمم لما يقال هنا .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — المغنى ج ٩ ص ٥٥٦ وما بعدها .
(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٤٩ .
(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٨ ، ٥١٩

إثبات الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين

٤٢٠ - اختلف الفقهاء فى تحديد الأدلة التى تثبت عن طريقها الجناية على النفس وعلى ما دونها وعلى الجنين ، فرأى جمهور الفقهاء أن هذه الجنايات لا تثبت إلا عن طرق ثلاث هى : (١) الإقرار . (٢) الشهادة . . . (٣) القسامة . . . ورأى بعض الفقهاء أنها تثبت أيضاً عن طريق قرائن الأحوال ، وعلى هذا تكون طرق إثبات هذه الجنايات أربع طرق هى :

(١) الإقرار ... (٢) الشهادة .. (٣) القسامة ... (٤) قرائن الأحوال - وسنتكلم عن هذه الطرق واحدة بعد أخرى .

الإقرار

٤٢١ - الإقرار لغة هو الإثبات من قر الشىء ، يقر قراراً إذا ثبت وشرعاً الاخبار عن حق أو الاعتراف به ، والأصل فى الإقرار الكتاب، والسنة، والإجماع فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى ، قالوا : أقررنا ﴾ وقوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار ، وقوله تعالى ﴿ وليملل الذى عليه الحق - إلى قوله - فليملل وليه بالعدل ﴾ أى فليقر بالحق . وقوله تعالى ﴿ وآخرون اعترفوا بذنوبهم ﴾ وقوله ﴿ ألست بربكم قالوا بلى ﴾ إلى آيات أخرى .

وأما السنة فما روى أن ماعزاً أقر بالزنى فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية ، وفى قضية العسيف قال الرسول « أعد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » .

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار لأنه إخبار ينفى التهمة والريبة عن المقر ولأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان الإقرار آكد من الشهادة وكان حجة فى حق المقر يوجب عليه الحد والقصاص والتعزير كما يوجب عليه الحقوق المالية .

٤٢٢ - والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره كما يرى جمهور الفقهاء فإذا اعترف بكر بأنه قتل زيداً وأن علياً شاركه فى ارتكاب جريمة القتل ، فإن هذا الاعتراف يكون حجة قاصرة على بكر فقط ما دام على ينكره ، فإذا سلم به على فإنه يؤاخذ لا باعتراف بكر وإنما باعترافه هو ، وعلى هذا جرت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الرسول فأقر عنده أنه زنى بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها[1] ولكن الإقرار يمكن أن يتعدى إلى غير المقر عند من يرون الإثبات بقرائن الأحوال ، إذا أمكن اعتبار إقرار المقر قرينة على غير المقر .

٤٢٣ - ويشترط فى الإقرار المثبت للجناية أن يكون مبيناً مفصلا قاطعاً فى ارتكاب الجانى الجناية ، أما الاعتراف المجمل الذى يمكن أن يفسر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية ، فمن أقر مثلا بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته ، فقد يكون المعترف طلب من القتيل أن يؤدى عملا أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه ، فاعتقد أنه تسبب فى قتله واعترف بالقتل على هذا الأساس ، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركانا وعقوبات خاصة ، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه فقد يكون القتل وقع استعمالا لحق أو أداء لواجب ولا مسؤولية فى مثل هذه الحالة ، فالإقرار الذى يؤخذ به الجانى هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لاشك فيه .

٤٢٤ - والأصل فى الاستفصال والتبين هو سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ .

شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسر عن الزنا فقال له « لعلك قبلت أو غمزت » وفى رواية « هل صاحبتها ؟ قال نعم . قال فهل باشرتها ؟ قال نعم . قال هل جامعتها ؟ قال نعم » .

وفى حديث ابن عباس « أنكتها » ؟ قال : نعم ، قال : دخل ذلك منك فى ذلك منها ؟ قال نعم . قال : كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم . قال : تدرى ما الزنا ؟ قال نعم ، أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : تطهرنى فأمر به فرجم فدل جميع ذلك على أنه يجب الاستفصال والتبيين[١] .

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار .

٤٢٥ - إقرار زائل العقل : - إذا أقر بجريمة من فقد عقله لأى سبب كشرب دواء أو شرب مسكر أو نوم أو إغماء أو جنون فإن إقراره لا يعتبر إقراراً صحيحاً ولا يؤاخذ به ولكن لو أعاد المقر إقراره بعد زوال حالة الإغماء أو النوم وبعد زوال أثر السكر أو أثر الدواء وبعد زوال الجنون فإنه يؤاخذ بإقراره الجديد لأنه صدر صحيحاً[٢] .

ويتفق أبو حنيفة والشافعى مع مالك وأحمد فيما سبق إلا فى شرب الدواء والمسكر ، فيرى أبو حنيفة أن إقرار السكران بطريق محظور هو إقرار صحيح ، وأن السكران يؤخذ بإقراره إذا أقر وهو سكران إلا فى الحدود الخالصة حقاً لله ، والقتل ليس منها . وكذلك الجناية على مادون النفس وعلى الجنين[٣] لأن عقوبتها القصاص أو الدية وهى من حقوق الأفراد . أما إذا كان السكر

---

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨

(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٧١ وما بعدها و ج ١٠ ص ١٧٠ ، ١٧١ مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٣ .

(٣) حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٣٢٨ ، ٣٤٦ - حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢١

بطريق غير محظور فلا يؤخذ السكران بإقراره فى كل الأحوال إلا إذا أعاد الإقرار بعد زوال سكره .

ويرى الشافعى أن من شرب دواء مزيلا للعقل بغير حاجة ومن شرب مسكراً عالما بأنه مسكر يؤخذ بإقراره فى كل الأحوال ، لأنه شرب مايعلم أنه يزيل عقله فوجب أن يتحمل نتيجة عمله تغليظا عليه لينزجر[١] فإذا دعت الحاجة لشرب الدواء المزيل للعقل أو شرب المسكر وهو يعلم أنه مسكر ، فإنه لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أقر ثانية بعد زوال سكره .

٤٢٦ ـ ومن المتفق عليه أن المسكر لا يشترط فيه أن يكون خمراً ، فيصح أن يكون أى مادة مسكرة أو مخدرة مادامت تؤدى إلى غيبة العقل ولهذا يعرف الفقهاء السكر بأنه غيبة العقل من تناول الخمر أو مايشبه الخمر .

ويعتبر الإنسان سكرانا إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة[٢] ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتقربو الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون﴾[٣] فمن لم يعلم مايقول فهو سكران وهذا الرأى يتفق مع الرأى الراجح فى كل من المذهب المالكى والشافعى والحنبلى[٤] .

٤٢٧ ـ اقرار المكره :ـ قبل أن نعرف حكم إقرار المكره ينبغى أن نعرف شيئا عن الإكراه .

تعريف الإكراه : نعرف الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره

---

(١) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى جـ ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٨

(٣) سورة النساء آية ٣٤ .

(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣٥ . أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى جـ ٣ ص ٢٨٤ .

فيزول رضاه أو يفسد اختياره[١] ويعرف بأنه مايفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[٢] .

ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدِّد المكرَه قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكرِه عليه وغلبت على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذ امتنع مما أكرهه عليه[٣] .

والاكراه فى الشريعة على نوعين : نوع يعدم الرضاء ويفسد الاختيار وهو ماخيف فيه تلف النفس ، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ؛ ونوع يعدم الرضا أو يفسده ولكنه لايؤثر على الاختيار ، وهو مالايخاف فيه التلف عادة كالحبس والقيد والضرب الذى لايخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجىء[٤] .

والإكراه التام يؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة قتل مثلا ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه و يفسد اختياره أما الإكراه الناقص فلا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضا كالإقرار والبيع والإجارة وما أشبه .

٤٢٨ — ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ـ ورأيهم مرجوح ـ أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه . وأن التوعد بالعذاب لايكون كرهاً ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم إلى ماطلبوا فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع من عينيه ويقول « أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك

---

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٧٩ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى ج ٣ ص ٢٨٢ .

(٤) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ .

أن تشرك بالله ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون بما قاله عمر رضى الله عنه ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته فهؤلاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلا مادياً يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتيه المكره فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم(١) .

٤٢٩ — ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد مايراه مالك وأبو حنيفة والشافعى من أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لايكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما ما مضى من العقوبة فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولايخشى منه شيئا بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف ، فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه هو مايتوعد به من العقوبة أو التعذيب لا ماوقع منها فعلا(٢) .

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون ماديا ويصح أن يكون معنويا ، والإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيد فيه واقعا — أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

شروط الإكراه : — يشترط لوجود الإكراه توفر الشروط الآتية ، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائما ولا يعتبر المقر مكرها .

٤٣٠ — **أولا** : — أن يكون الوعيد مما يستضر به بحيث يعدم الرضاء أو يفسده كالضرب والحبس والقيد والتجويع ، فإذا لم يكن لتنفيذ الوعيد أثر على الرضاء انتفى وجود الإكراه ، وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها ، فقد يكون الشىء إكراهاً

---

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ — الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٣ .

(٢) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ — البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

فى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عدة أسواط ، والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد ، بل قد يتضرر من صفعة أوفرك أذن ، والبعض قد يرحب بمكثه فى السجن أمداً طويلا والبعض قد يضره ضرراً بقاؤه فى السجن ليلة واحدة .

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره ، وهذا متفق عليه ، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبى (١)

ويرى بعض الحنيفة أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره، ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية(٢) ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب(٣).

وليس من الضرورى أن يكون الإكراه بالوعيد بالإيذاء المادى ، بل يكفى لوجود الإكراه الوعيد بالمنع من استعمال الحقوق ، فمن يمنع زوجته من زيارة أهلها إلا إذا أقرت بجريمة ، ومن يمنع ابنته من الزفاف أو الذهاب إلى دار الزوجية إلا إذا اعترفت بجريمة ، فإنه يحملها على الإقرار كرها(٤).

كذلك من يمنع عن آخر طعامه أو شرابه حتى يقر بجريمة فإنه يعتبر مكرها فى إقراره . وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراها دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أو التهديد ، وأمر غيره أكراها إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه(٥).

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى الأذى إذا لم

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ .
(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٠ — أسنى المطالب ج ٣ وحاشية الشهاب ص ٢٨٣
(٣) الإقناع ج ٤ ص ٤ .
(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ .
(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٢ .

تطعه فإن أطاعته وهى لا تخشى أذى إذا لم تطعه فلا يعتبر الأمر إكراها[(١)].

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً ، فإن كان المال يسيراً فلا إكراه . وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أوغير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر[(٢)].

والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيما بصاحبه،لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ولكن بعض فقهاء الحنفية يرون الوعيد بإتلاف المال إكراها ، وأصحاب هذا الرأى يختلفون فيما بينهم ، فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراها ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكتفى لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه[(٣)].

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعا فلا يعتبر الإكراه قائماً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس فهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان فى حالة إكراه لأن الفعل الذى هدد به مشروع[(٤)].

٤٣١ ـ ثانيا : ـ أن يكون الوعيد بأمر حال يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره ، فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه فيلجأ للسلطات العامة أو يهرب من المكرِه

---

(١) نفس المراجع السابقة ص ١٢٠ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥ ـ أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٨٣ ـ الإقناع جـ ٤ ص ٤

(٣) البحر الرائق جـ ٨ ص ٨٢ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧٦ وما بعدها ـ حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٠ ، ١٢١ .

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠ ـ أسنى المطالب جـ ٣ ص ٢٨٢ ـ المغنى جـ ٨ ص ٢٦٠ .

ولأنه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بتلبية طلب المكره ويرجع فى تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حالّ إلى ظروف المكرَه وإلى ظنه الغالب المبنى على أسباب معقولة ، ويعتبر الوعيد حالا كلما عجز المكره عن الهرب والمقاومة والاستغاثة بغيره إلى غير ذلك من أنواع الدفع[١] .

وإذا كان الوعيد بأمر آجل فإنه لا يعتبر إكراها كقوله لأضربنك غداً إن لم تقر بكذا أو تفعل كذا . ولكن الأذرعى من فقهاء الشافعية يرى أن فى النفس من هذه المسألة شيئاً وأنه إذا غلب على ظن المقر إيقاع ماهدد به لو لم يفعل فإنه يعتبر مكرها ولا سيما إذا عرف أن من عادة المهدد إيقاع ذلك الوعيد[٢]

٤٣٢ – ثالثا : أن يكون المكرِه قادراً على تحقيق وعيده لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه ، ولا يشترط فى المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره[٣]

٤٣٣ – رابعا : أن يغلب على ظن المكرَه أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأى طريقة كانت ثم أتى الفعل بعد ذلك فإنه لا يعتبر مكرها ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة[٤] .

٤٣٤ – حكم إقرار المكره : وإذا توفر الإكراه على الوجه السابق وأقر المكره على نفسه بجريمة فإن إقراره يكون باطلا ولا يؤخذ به لقوله تعالى ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى

---

(١) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ – المغنى ج ٨ ص ٢٦١ – حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٣ – وحاشية الشهاب الرملى .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ ، المغنى ج ٨ ص ٢٦١ – أسنى المطالب ج٣ ص ٢٨٢

(٤) أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ – المغنى ج٨ ص٢٦١ – حاشية ابن عابدين ج٥ ص١٠٩

الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . ولأنه قول أكره عليه بغير حق ، والأصل أن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، فإذا أقر مختاراً قبل إقراره لانتفاء التهمة ولوجود الداعى إلى الصدق ، ولكن إذا أكره الشخص على الإقرار فأقر فإنه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى ظن الصدق فلم يقبل إقراره ، فإذا أقر بقتل أو قطع أو سرقة أو غير ذلك تحت تأثير الإكراه لم يجب عليه بإقراره عقاب[١] لاحتمال كذب الإقرار ، ومما يؤثر فى هذا الباب قول عمر رضى الله عنه : « ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته » أو على حسب ما يرويه البعض « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ومما يؤثر عن شريح أنه كان يقول « القيد كره ، والسجن كره ، والوعيد والضرب كره »[٢] ويؤثر عن ابن شهاب أنه قال فى رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد[٣] .

وإذا أقر فى حال الإكراه بغير ما أكره مثل أن يكره على الإقرار بجريمة ما فيقر بأخرى ، فإقراره فيما يتعلق بهذه الجريمة الأخرى صحيح لأنه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء دون إكراه[٤] .

أما إقراره بالجريمة التى أكره على الإقرار بها فهو إقرار باطل لا يؤخذ به إلا أن يقر ثانية بالجريمة بعد إخلاء سبيله وهو مختار غير مكره فإنه يؤخذ بإقراره الجديد[٥] .

٤٣٥ ـ والإقرار الصادر تحت تأثير الإكراه باطل ولو قامت الدلائل على صحته كأن يرشد السارق عن المسروقات أو القاتل عن جثة القتيل ، فإذا

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ ـ البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٧٢ ـ ج ٥ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ـ أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها ـ مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) المبسوط للسرخسى ج ٩ ص ١٨٥ (٣) المغنى ج ١٠ ص ١٧٢

(٤) المغنى ج ٥ ص ٢٧٣ (٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ ـ بدائع الصنائع ج ص ١٨٩ .

استمر على إقراره بعد أن أصبح فى أمن من الإكراه ، اعتبر استمراره إقراراً جديداً وهذا متفق عليه إلا من القائلين فى مذهب مالك بصحة إقرار المكره ، وما يؤثر فى هذا الباب أن الحسن بن زياد الفقيه الحنفى قال بجواز ضرب السارق حتى يقر ، ضربا لا يقطع اللحم ولا يبين العظم ، وأفتى مرة بهذا ثم ندم وأتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق حتى أقر بالمال المسروق وجاء به ومع ذلك فقد خرج الحسن بن زياد وهو يقول ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا[١]

٤٣٦ — ويرى بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى أنه إذا ضرب ليقر فهذا إكراه أما إذا ضرب ليصدق فى القضية فأقر حال الضرب أو بعده فإقراره صحيح ولا يعتبر مكرها ، لأن المكره من أكره على شىء واحد ، وهو هنا إنما ضرب ليصدق ولا ينحصر الصدق فى الإقرار ، ولكن أصحاب هذا الرأى يكرهون مع هذا أن يلزم المقر بإقراره إلا بعد أن يراجع ويقر ثانيا من غير أن يضرب أو يهدد . ويؤخذ على أصحاب هذا الرأى تمسكهم بالإقرار الثانى مع أن هذا الإقرار الثانى فيه نظر إذا غلبت على ظنه أنه إذا أنكر أعيد ضربه والرأى الراجح فى المذهب هو عدم قبول الإقرارين لأنهما صادران من مكره[٢] .

٤٣٧ — ومن ادعى الإكراه لا تقبل دعواه لمجرد ادعائه ، لأن الأصل عدم الإكراه إلا أن تكون هناك قرينة على صحة الادعاء ، كالقيد والحبس والقبض والوضع تحت الحراسة ، ففى مثل هذه الحالات تقبل دعوى الإكراه ولمن يدعيه أن يثبته ، ويستوى فى هذه الحال أن يكون القبض والحبس والقيد بحق أو بغير حق كحالة الحبس الاحتياطى ، وكحالة القبض بغير حق[٣] .

---

(١) المبسوط للسرخسى ج ٩ ص ١٨٠

(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ . بالمغنى ج ٥ ص ٢٧٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ٢٩٩

وإذا أكره حاكم أو قاض شخصاً ليقر بجريمة عقوبتها القتل أو القطع كالقتل والسرقة فأقربها وقتل أو قطعت يده اقتص ممن أكرهه[١] .

٤٣٨ — **رجوع المقر عن إقراره** : وإذا كان الإقرار صادراً من غير إكراه ، فعدل عنه المقر قبل منه الرجوع عن إقراره فيما كان حقا لله تعالى يدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطه ، فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التى لاتدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل منه الرجوع عن إقراره بها ، وهذه القاعدة متفق عليها ، فإذا أقر بزنا ثم عدل عن إقراره لم يؤخذ بإقراره لأن الزنا متعلق بحقوق الله تعالى التى تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها أما إذا أقر بقتل أو جرح أو قطع أو إسقاط جنين،فإنه يؤاخذ بإقراره ولو عدل عنه لأن الجنايات الواقعة على النفس وما دونها وعلى الجنين كلها متعلقة بحقوق الآميين ولو أن بعضها يعاقب عليه بالقصاص ، ولو أن القصاص مما يحتاط فيه ويدرأ بالشبهات[٢] .

لكن إذا ثبت أن الإقرار مكذوب فلا يؤاخذ المقر بإقراره سواء عدل عنه أو لم يعدل ، وسواء كان متعلقا بحقوق الله تعالى أو بحقوق الآدميين .

وعدول المقر عن إقراره لا أثر له أيا كان نوع الجريمة التى أقر بها مادامت الجريمة ثابتة قبل المقر بغير الإقرار كأن تكون ثابتة بشهادة الشهود .

الشهادة

٤٣٩ — الشهادة هى الطريق المعتاد لإثبات الجرائم ، وأغلب الجرائم تثبت عن طريق الشهادة وأقلها يثبت بغير الشهادة من طرق الإثبات ، ولهذا كان للشهادة كطريق من طرق الإثبات أهمية كبرى فى إثبات الجرائم .

والأصل فى الشهادة الكتاب والسنة فأما الكتاب فقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

(٢) شرح الزرقانى ج٨ص ١٠٧ — بدائع الصنائع ج٧ص ٢٣٢،٢٣٣ حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٣٤٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ — المغنى ج ٢ ص ٢٨٨ .

الشهداء ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمى : يارسول الله هذا غلبنى على أرض لى فقال الكندى : هى أرضى وفى يدى، فليس له فيها حق فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه[1] .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن ابن محيصة الأصغر أصبح قتيلا على أبواب خيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أقم شاهدين على من قتله أدفعه إليكم برمته[2] » ويفرق الفقهاء فى إثبات القتل والجراح بين الجرائم التى توجب عقوبة بدنية كالقصاص أو الجلد والحبس أو غيرهما من العقوبات البدنية التعزيرية وبين الجرائم التى توجب عقوبة مالية كالدية والغرامة .

٤٤٠ — **الجرائم التى توجب عقوبة بدنية**: العقوبة البدنية إما أن تكون القصاص وإما أن تكون عقوبة تعزيرية .

إثبات الجرائم الموجبة للقصاص : يشترط الفقهاء فى إثبات الجرائم الموجبة للقصاص بالشهادة أن يشهد بالجريمة رجلان عدلان ، ولا يقبل الفقهاء فى إثبات هذا النوع من الجرائم شهادة رجل وامرأتين ولا شهادة شاهد ويمين المجنى عليه وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له لدرئه باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[3] .

ويرى الأوزاعى والزهرى أن الجريمة التى توجب القصاص تثبت بما تثبت به الأموال فيكفى فى إثباتها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويؤيد الشوكانى هذا الرأى[4] .

---

(١) المغنى ج ١٢ ص ٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ — حاشية الطهطاوى ج ٣ ص ٢٢٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ المغنى ج ١٠ ص ٤١ (٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

٤٤١ — ومن يشترط الشاهدين فيما يوجب القصاص لا يفرق بين القصاص فى النفس والقصاص فيما دون النفس ، ويوجب فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص مطلقاً شهادة رجلين عدلين ، إلا مالكا فإنه لا يوجب شهادة العدلين إلا فى القصاص فى النفس فقط ، أما إذا كان القصاص فيما دون النفس فيجيز مالك إثبات الجريمة الموجبة للقصاص بشاهد واحد ويمين المجنى عليه ، ولا يقيس مالك الجراح بالأموال وإنما هو مبدأ أخذ به لأنه استحسنه ، وقد سئل ابن القاسم فى هذا فقيل له لم قال مالك ذلك فى جراح العمد وليست بمال ؟ قال قد كلمت مالكا فى ذلك فقال إنه شىء استحسناه ، وما سمعت فيه شيئا[1] .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب مالك جواز شهادة المرأتين ويمين المدعى فى جراح العمد ، ولا يرى البعض ذلك[2].

والشاهدان اللذان تثبت بشهادتهما الجريمة الموجبة للقصاص ليس أحدهما المجنى عليه فإذا كان شاهد واحد والمجنى عليه لم يكمل نصاب الشهادة لأن المجنى عليه يعتبر مدعياً لا شاهداً وأقواله تصلح لوثا أى قرينة ولكنها لا تقوم مقام الشهادة.

أما فى حالة إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس بشاهد ويمين المجنى عليه تبعاً لرأى مالك فإن الجريمة تثبت بشهادة الشاهد الواحد ولا يعتبر المجنى عليه شاهداً ثانياً ولو أنه يؤدى اليمين لأنه لا يسأل كشاهد وإنما يحلف اليمين على صحة شهادة الشاهد فاليمين مقصود بها تقوية شهادة الشاهد .

وهناك من الفقهاء من لا يشترط نصاباً معينا فى الشهود فيكفى عنده لإثبات الجريمة الموجبة للقصاص أن يشهد بها شاهد واحد إذا رجح القاضى صدق شهادته[3] والذين يشترطون شهادة رجلين فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٥ — شرح الزرقانى ص ٥٩ .

(٢) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٤١.

(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ — ٧٨ ، طرق الإثبات الشرعية ص ١٨١ .

لايجيزون إثبات الجريمة بأقل من ذلك ولو عفى المجنى عليه أو وليه عن القصاص إلى الدية وهى مال ومايوجب المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبشهادة رجل ويمين المدعى على التفصيل الذى سنذكره فيما بعد ، وحجتهم أن الواجب بالجناية أصلا هو القصاص لا الدية وإنما وجبت الدية بالعفو أو الصلح والعفو والصلح كلاهما حق ثابت للمجنى عليه أو وليه أما طريقة الإثبات فليست من حقه بل هى حق الجماعة وهذا لايؤدى العفو أو الصلح فى العمد إلى جواز الإثبات بما يثبت به المال وفضلا عن ذلك فإنه يجب أن يثبت للمجنى عليه حق القصاص قبل كل شيء حتى يثبت له العفو أو الصلح عن هذا الحق(١) .

٤٤٢ ـ *الجرائم التى توجب تعزيراً بدنيا* : — إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى مع القصاص فيشترط فى إثباتها مايشترط فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص وقد بينا مايشترطه الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم .

أما إذا أوجبت الجريمة التعزير البدنى دون القصاص فيرى الشافعى وأحمد أن الجريمة لاتثبت إلا بما تثبت به الجريمة الموجبة للقصاص أى بشهادة رجلين عدلين لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان فلا تثبت بما تثبت به الأموال من شهادة رجل وامرأتين وشهادة رجل ويمين المجنى عليه(٢) .

٤٤٣ ـ الأصل عند مالك أن العقوبات البدنية لاتكون إلا بشهادة الرجلين ولكنه أجاز فى إثبات الجريمة الموجبة للقصاص فيما دون النفس أن تثبت بشهادة رجل واحد ويمين المجنى عليه وأوجب على الجانى فى الوقت نفسه عقوبة التعزير مع عقوبة القصاص(٣) .

ومعنى هذا أن عقوبة التعزير البدنية تثبت والجريمة الموجبة لها بشاهد ويمين المدعى ويمكن القول بأن القصاص أشد من التعزير فإذا ثبتت الجريمة الموجبة

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ ـ المغنى ج ١٠ ص ٤٢ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦٠ ـ الإقناع ج ٤ ص ٤٤٥ .
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ .

القصاص بشاهد ويمين فأولى أن تثبت بذلك الجريمة الموجبة للتعزير ، كما يمكن القول بأنه إذا ثبتت الجريمة الموجبة للتعزير البدنى فى الجراح بشاهد ويمين فإن كل جريمة أخرى موجبة للتعزير البدنى يصح أن تثبت بشاهد ويمين قياساً على هذا ويرى بعض المالكية التعزير فى بعض الجرائم بشهادة شاهد واحد دون يمين[١]

٤٤٤ - والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن العقوبات البدنية لاتثبت بأقل من شاهدين عدلين ولكنهم يجيزون فى التعزير أن يكون أحد الشاهدين هو المجنى عليه ويقبلون فيه شهادة رجل وامرأتين على خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه بل يرون أنه يكفى للتعزير شهادة شاهد واحد عدل[٢] أو شهادة المدعى وحده مع نكول الجانى عن اليمين[٣] والنكول ليس إلا قرينة تقوى شهادة المجنى عليه الذى لايعتبر فى الأصل شاهداً تبعاً لقواعد الشريعة ، كذلك يجيزون إثبات جرائم التعزير بالشهادة على الشهادة بل يكتفون فى التعزير بعلم القاضى[٤] .

٤٤٥ - إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة مالية : تثبت الجرائم التى توجب عقوبة مالية كالدية أو الغرامة بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى وكل ماشرع فيه اليمين والشاهد يثبت بشهادة الشاهد ونكول المدعى عليه[٥] وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وحجتهما أنها شهادة عكس مايقصد به المال والمال يثبت على هذا الوجه فوجب أن تقبل هذه الشهادة فى كل قتل أو جرح موجب للمال كما يقبل فى البيع والإجارة ولاتقاس الشهادة فى الجناية الموجبة للمال بالشهادة فى الجناية الموجبة للقصاص ، لأن القصاص عقوبة يحتاط لإسقاطها ، ودرئها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها[٦] .

---

(١) تبصرة الحكام ج ١ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .
(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص٢٥٨ ، ٢٥٩ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٣ ص ٢١٣ .
(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٦٠ .
(٥) المغنى ج ١٢ ص ١٢ .
(٦) المغنى ج ١٠ ص ٢ ٤-أسنى المطالب ص ١٠٥ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٦ .

ويرى بعض الحنابلة أن الجناية سواء أوجبت القصاص أو غير القصاص لاتثبت بشهادة رجل وامرأتين ولا بشهادة رجل واحد ويمين المدعى وإنما تثبت بشهادة رجلين كما يثبت القصاص والحدود فلا معنى للتفرقة بين جنايتين من نوع تقعان على آدمى[١].

ويرى المالكيون ان الجرائم التى توجب عقوبةمالية تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو شهادة رجل واحد ويمين المدعى أو شهادة امرأتين ويمين المدعى[٢].

٤٤٦ - ويختلف رأى الشافعى وأحمد عن رأى مالك فى أن مالكاً يجيز شهادة المرأتين واليمين ولايجيزها الشافعى وأحمد وحجة مالك أن المرأتين أقيمتا مقام الرجل فى الأموال .فيقاما مقامه فيما يوجب المال من الجرائم وحجة الشافعى وأحمد أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة . وأن شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بشهادة الرجل معهما واليمين ضعيفة ، فلو شهد المرأتان مع اليمين لضم ضعيف إلى ضعيف[٣].

٤٤٧ - ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن مايوجب المال يثبت بشهادة رجلين أو بشهادة رجل وامرأتين ولا يثبت بشاهد ويمين ولابامرأتين ويمين[٤] وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ فمن زاد على ذلك فقد زاد على النص والزيادة فى النص نسخ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى ويرد على الحنفيين بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد الواحد واليمين وأن الزيادة فى النص ليست نسخاً وإنما هى تعزيزله وأن الحكم بالشاهد واليمين لايمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه وأن الآية واردة فى شهادة التحمل لافى شهادة الأداء ولذا قال تعالى

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤٢ - المغنى ج ١٢ ص ٩ (٢) تبصرة الحكام ج ١ س ٢٤١.

(٣) المغنى ج ١٢ س ١٣ (٤) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٥ ، ٥١٦ حاشية الطهطاوى ج ٣ س ٢٢١ .

﴿أن تضِلَّ إحداهما فتذكِّرَ إحداهما الأخرى﴾ فالنزاع فى الأداء لا فى التحمل .

والحديث الذى يتمسك به الحنفية ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع فى الحق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفى حق الأمناء لظهور خياناتهم وفى حق الملاعن وفى القسامة وغير ذلك[١]

ولقد شرعت اليمين من جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعى بشىء إلا بمجرد الادعاء ، ففى هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل فإذا ترجح جانب المدعى بلوث أو نكول أو شهادة شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة إذن فى جانب أقوى المتداعين[٢] .

ويلاحظ أن الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية مالية تثبت عند الحنفية بما تثبت به الجرائم التى توجب عقوبة تعزيرية بدنية فلا فرق فى إثبات الجرائم التعزيرية ولو تنوعت عقوباتها واختلفت .

ويلاحظ أيضاً أن الحنفيين يتشددون فى إثبات الجرائم الموجبة للحدود والقصاص والعقوبات الماليةغير التعزيرية بينما يتساهلون فى إثبات الجرائم الموجبة لعقوبة تعزيرية بل إنهم يتساهلون فى إثبات هذا النوع من الجرائم أكثر مما يتساهلون فى إثبات العقود المالية المحضة ولعل مرجع ذلك التساهل إلى أن الجرائم التعزيرية هى أكثر الجرائم وقوعاً والعقوبات التعزيرية هى أكثر العقوبات تطبيقاً فوجب التساهل فى إثبات هذه الجرائم حرصاً على مصلحة الجماعة وصيانة لنظامها .

٤٤٨ ـ ويرى ابن القيم أن الجرائم الموجبة للعقوبات المالية تثبت بشهادة شاهد واحد دون يمين كلما وثق به القاضى[٣] .

ويجيز الفقهاء عامة شهادة الرجل الواحد أو المرأة الواحدة للضرورة ويقبلون مثل

---

(١) المغنى ج ١٢ ص ١٠ ، ١١ (٢) الطرق الحكمية ص ٦٦ ـ ٧٥ .
(٣) الطرق الحكمية ص ٦٦ ، ٨٨ .

هذه الشهادة في إثبات نفس الجريمة كشهادة المعلم على الجرائم التي تقع بين الصبيان وكشهادة المرأة على جريمة وقعت في حمام ويقبلون شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة كذلك في إثبات أثر الجريمة ونتائجها كشهادة الطبيب أو الداية على أن الضرب أحدث جرحاً داخلياً بالرحم وكشهادة الطبيب بأن الضرب أو الجرح نشأ عنه فقد منفعة عضو من الأعضاء.

ويقبل الفقهاء شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة للضرورة سواء كانت الجريمة مما يوجب عقوبة بدنية كالقصاص أو عقوبة مالية كالدية[1].

٤٤٩ - ولا تثبت الجريمة بالشهادة إلا مع زوال الشبهة وانتفاء الشك فيجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة فإذا لم تكن كذلك بطلت الشهادة مالم يكن بعض الشهادة ميقناً ففي هذه الحالة يثبت القدر المتيقن فمن شهد بأنه رأى جماعة يضربون شخصاً قطع ذراعه أثناء الحادث ولم يشهد بمن قطع الذراع، فلا يثبت قطع الذراع ضد أحدهم ولكن يثبت الضرب عليهم لأنه القدر المتيقن أي المقطوع به في أقوال الشاهد. ومما يؤثر في هذا الباب أن شريحاً شهد عنده رجل بالقتل فقال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه فأعاد الرجل قوله الأول فقال له شريح قم فلا شهادة لك[2].

القسامة

٤٥٠ - معنى القسامة: - القسامة معناها لغة القسم أي اليمين وهي تعني أيضاً الوسامة فيقال فلان قسيم أي وسيم، ويذهب أهل اللغة إلى أنها القوم الذين يحلفون سُمُّوا باسم المصدر كما يقال رجل رضى ورجل عدل.

ومعنى القسامة في اصطلاح الفقهاء الأيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٨، ٢٦٢ - حاشية الطهطاوي ج ٣ ص ٢٢١، ٢٣٥ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦٠، ٣٦٣ - المغني ج ١٠ ص ١٥، ١٨.

(٢) المغني ج ١٠ ص ٤٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥.

بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم أو يقسم بها المتهم على نفى القتل عنه[(١)]

مصدر القسامة التشريعى :ـ كانت القسامة طريقاً من طرق الإثبات فى الجاهلية فأقرها الإسلام ، فقد روى أحمد ومسلم والنسائى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه فى الجاهلية .

وعن سهل بن أبى حمة قال انطلق عبد الله بن سهل ومحيصة بن مسعود إلى خيبر وهى يومئذ صلح فتفرقا فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط فى دمه قتيلا فدفنه ثم قدم إلى المدينة فانطلق عبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبى صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال كبر كبر وهو أحدث القوم فسكت فتكلما فقال أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟ فقالوا كيف نحلف ولم نشهد شيئاً ولم نر ؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يميناً؟ فقالوا كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبى صلى الله عليه وسلم من عنده رواه الجماعة. وفى رواية متفق عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته فقالوا :أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم، قالوا يارسول الله قوم كفار وذكر الحديث بنحوه وهو حجة لمن قال لا يقسمون على أكثر من واحد وفى لفظ لأحمد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تسمون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يميناً ثم نسلمه .

وفى رواية متفق عليها فقال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة قال فيحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من إبل الصدقة[(٢)] وروى الإمام أحمد عن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٨٤ ـ نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣١١ ، ٣١٢.

أبي سعيد الخدرى قال وجد قتيل بين قريتين فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فذرع بينهما فوجد إلى أحدهما أقرب فألقاه إلى أقربهما أى حملهم ديته وكذلك روى عن عمر رضى الله عنه فى قتيل وجد بين وازعة وأرحب وكتب إليه عامله بذلك فكتب إليه عمر أن قس بين القريتين فأيهما كان أقرب فألزمهم فوجد القتيل إلى وازعة أقرب فألزموا القسامة والدية[1] وأخرج عبد الرازق وابن شيبة والبيهقى عن الشعبى أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فأحلفهم عمر خمسين يميناً كل رجل ماقتلته ولا علمت له قاتلا ثم أغرمهم الدية فقالوا ياأمير المؤمنين لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا فقال عمر كذلك الحق وأخرج نحوه الدارقطنى والبيهقى عن سعيد بن المسيب وفيه أن عمر قال إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم[2] وفى رواية أخرى أنهم قالوا أنبذل أموالنا وأيماننا ؟ فقال عمر أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم[3] .

وأخرج البخارى والنسائى عن ابن عباس أن أول قسامة كانت فى الجاهلية فى بنى هاشم ، كان رجل من بنى هاشم استأجره رجل من قريش من فخذ أخرى فانطلق معه فى إبله فمر به رجل من بنى هاشم قد انقطعت عروة جوالقه فقال أغثنى بعقال أشد به عروة جوالقى لا ينفر الإبل ، فأعطاه عقالا فشد به عروة جوالقه فلما نزلوا عقلت الإبل إلا بعيراً واحداً فقال الذى استأجره ما بال هذا البعير لم يعقل من بين الإبل ؟ قال ليس له عقال فأين عقاله ؟ فحذفه بعصا كان فيه أجله ، فمر به رجل من أهل اليمن فقال : أتشهد الموسم قال ما أشهده وربما شهدته ، قال هل أنت مبلغ عنى رسالة مرة من الدهر ؟ قال نعم ، قال فإذا شهدت فناد ياقريش فإذا أجابوك فناد ياآل بنى هاشم فإن أجابوك فسل عن ابن

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٢ ـ طرق الإثبات الشرعية ص ٤٤٨ .
(٢) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢١٤ .
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩١ .

أبى طالب فأخبره أن فلاناً قتلني فى عقال ومات المستأجر فلما قدم الذى استأجره أتاه أبو طالب فقال مافعل صاحبنا قال مرض فأحسنت القيام عليه ووليت دفنه قال قد كان أهل ذاك منك فمكث حينا ثم إن الرجل الذى أوصى إليه أن يبلغ عنه فى الموسم فقال ياقريش قالوا هذه قريش قال يا آل بنى هاشم قالوا هذه بنو هاشم قال أين أبو طالب ؟ قالوا هذا أبوطالب ، قال : أمرنى فلان أن أبلغك رسالة إن فلاناً قتله فى عقال فأتاه أبو طالب فقال اخترمنا إحدى ثلاث إن شئت أن تؤدى مائة من الإبل فإنك قتلت صاحبنا وإن شئت حلف خمسين من قومك أنك لم تقتله ، فإن أبيت قتلناك به فأتى قومه فأخبرهم فقالوا نحلف ، فأتته امرأة من بنى هاشم كانت تحت رجل منهم وكانت قد ولدت منه فقالت : يا أبا طالب أردت خمسين رجلاأن يحلفوا مكان مائةمن الإبل فيصيب كل رجل منهم بعيران ، هذان البعيران فاقبلهما منى ولاتعبر يمينى حيث تعبر الأيمان فقبلهما وجاء ثمانيةوأربعون فحلفوا قال ابن عباس فوالذى نفسى بيده ماحال الحول ومن الثمانية والأربعين عين تطرف[1] .

١٥٤ — اختلاف الفقهاء فى شرعية القسامة : وبالرغم من النصوص السابقة فإن الفقهاء اختلفوا فى القسامة فرأى الجمهور أن يعتبر القسامة كطريق من طرق الإثبات فى جريمة القتل وعلى الأخص فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهرى والمذهب الشيعى وأنكر بعض الفقهاء القسامة ومنهم سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عليه ، ويرى هؤلاء أنه لا يجوز الحكم بمقتضى القسامة لأنها مخالفة لأصول التشريع الإسلامى إذ الأصل فى الشريعة أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهد حساً وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتيل بل قد

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١٢ ، ٣١٣ — طرق الاثبات الشرعية ص ٤٧٨ .

يكونون فى بلد والقتيل فى بلد آخر[١] ومن حجتهم أن الأيمان ليس لها تأثير فى إشاطة الدماء وأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ولا يرى أصحاب هذا الرأى فى الأحاديث التى يستند إليها القائلون بالقسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت القسامة حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يميناً أعنى لولاة الدم وهم الأنصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة وإذا كانت هذه الآثار غير نص فى القسامة بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل الى الأصول أولى[٢].

ويرد الفريق الآخر على هذه الحجج بأن القسامة سنة مقررة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة وأنه يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله وإن كانوا غائبين عن مكان القتل لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» وكانوا بالمدينة والقتيل بخيبر، ولأن للانسان أن يحلف على غالب ظنه كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لا يستحقه لأن الظاهر أنه ملك الذى باعه وكذلك

---

(١) لذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون فى القسامة القوم وقالوا نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبنى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الاجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا، قلت أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا. وفى بعض الروايات قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة أنهم إن أقاموا شاهدى عدل أن فلاناً قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا (بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٧ ــ طرق الاثبات الشرعية ص ٤٩٠).

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٨.

إذا وجد شيئاً بخطه أو بخط أبيه جاز أن يحلف ولو أنه لا يعلمه أو لا يذكره وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيه عيباً فادعى عليه المشترى أنه معيب وأراد رده كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ولكن الحالف على كل حال لا يحلف إلا بعد الإثبات وغلبة ظن يقارب اليقين[١]

٤٥٢ ـ وليس ثمة ما يمنع من أن تكون الأيمان سبيلا لإشاطة الدماء أى إهدارها ما دامت الأيمان تؤدى إلى إثبات الجريمة على الجانى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال «يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته» وفى رواية مسلم « يسلم إليكم » وفى لفظ « وتستحقون دم صاحبكم » وأراد دم القاتل لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين وإذا كانت القسامة طريق الإثبات العمد فقد وجب بها القصاص وهو عقوبة العامد كالبينة سواء بسواء وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة فى الطائف وهذا نص ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى[٢] على أن أغلب القائلين بالقسامة لا يرون أن القسامة تؤدى للقصاص بل يرون أنها توجب الدية فقط فالقسامة على رأى هؤلاء لا تؤدى لإشاطة الدماء.

٤٥٣ ـ وأما أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإن بعض القائلين بالقسامة لا يخرجون على هذا الأصل كالحنفيين فإنهم يرون اليمين دائماً فى جانب المنكر حتى فى القسامة فيحلفون المدعى عليه ، وأما القائلين بتحليف المدعى فالقاعدة عندهم أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعين فأى الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته وقد ثبت عن رسول الله أنه عرض القسامة أولا على المدعين فلما أبوا جعلها فى جانب المدعى عليهم ، وقد جعلت فى جانب المدعين لأن جانبهم ترجح باللوث[٣] واليمين تكون

(١) الشرح الكبير ج ١٠ س ٥.
(٢) الشرح الكبير ج ١٠ س ٣٩ ، ٤٠
(٣) أعلام الموقعين ج ١ ص ١١٨ ـ الشرح الكبير ج ١٠ س ٢٨ وما بعدها .

فى جانب المدعى عليه إذا لم يترجح المدعى بشىء غير الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوله بأصل براءة الذمة فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب الأصل فكانت اليمين من جهته فإذا ترجح المدعى بلوث أو بنكول أو شاهد كان أولى باليمين لقوة جانبه بذلك فاليمين مشروعة فى جانب أقوى المتداعين فأيهما قوى جانبه شرعت اليمين فى حقه(١).

وفضلا عما سبق فإن حديث البينة على من ادعى واليمين على من أنكر روى عن ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بالصيغة الآتية (البينة على المدعى واليمين على من أنكر إلا فى القسامة) فاستثنى الحديث القسامة وهذا الاستثناء زيادة فى الحديث يتعين العمل بها لأن الزيادة من الثقة مقبولة(٢).

٤٥٤ - لماذا شرعت القسامة؟ الأصل فى القسامة أنها شرعت لحفظ الدماء وصيانتها فالشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ولما كان القتل يكثر بينما تقل الشهادة عليه لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت القسامة حتى لا يفلت المجرمون من العقاب وحتى تحفظ الدماء وتصان(٣)

ولقد كان من حرص الشريعة على حياطة الدماء ما دعا أحمد إلى القول بأن من مات من زحام الجمعة أو فى الطواف فديته فى بيت المال وبمثل هذا قال إسحق وقال عمر وعلى فإن سعيداً يروى عن إبراهيم أن رجلا قتل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتله فقال على يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعطه ديته من بيت المال وقال الحسن والزهرى فيمن مات من الزحام ديته على من حضر لأن قتله حصل منهم(٤)

---

(١) الطرق الحكمية ص ٧٤ .

(٢) الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٣١ .

(٣) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٥٨ .

(٤) المغنى جـ ١٠ ص ٩ ، ١٠ .

ولعل فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذى قرر القسامة ما يؤيد هذا النظر ففى رواية متفق عليها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم تأتون بالبينة على من قتله فقالوا مالنا من بينة قال فتحلفون قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فودا بمائة من إبل الصدقة[١] وهذا ما جعل الحنابلة يرون أنه إذا لم يحلف المدعون ولم يرضوا يمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال وما جعلهم يرون إلزام المدعى عليه الدية إذا نكل عن الحلف

٤٥٥ ـ والقسامة عند أبى حنيفة شرعت فوق ماسبق لعلاج التقصير فى النصرة وحفظ الموضع الذى وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب فيؤاخذ بالتقصير زجراً عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمل القسامة والدية لأنه أولى بالحفظ فكان التقصير منه أبلغ ولهذا يرى أبو حنيفة أن القتيل إذا وجد فى موضع اختص به واحد أو جماعة إما بالملك أو باليد فيتهمون أنهم قتلوه وعليهم شرعاً القسامة دفعاً بالتهمة والدية لوجود القتيل بين أظهرهم[٢].

٤٥٦ ـ **هل شرعت القسامة للإثبات أم للنفى ؟** يرى مالك والشافعى وأحمد أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجانى كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجانى فإذا لم يكن مثلا إلا شاهد واحد على القاتل أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاة القتيل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة[٣].

ويرى أبو حنيفة أن القسامة ليست دليلا مثبتاً للفعل المحرم وإنما هى دليل

---

(١) نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣١٢ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٩٠ .

(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٥٩ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٧٦ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٧

نفى لأهل المحلة التى وجد فيها القتيل لأن المدعين طبقاً لرأيه لا يحلفون وإنما يحلف أهل المحلة بالله ما قتلوه ليدرءوا عن أنفسهم القصاص وفى الوقت ذاته تجب عليهم الدية لوجود القتيل بين أظهرهم ويأخذ أبو حنيفة بهذا الرأى لأنه يرى أن البينة دائماً على من ادعى واليمين على من أنكر فإذا لم يعترف أحد أهل المحلة بالقتل وأنكروا كانت عليهم القسامة لأنهم مدعى عليهم وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم فتكون القسامة دليل نفى لهم(١).

٤٥٧ – **الجرائم التى تجوز فيها القسامة**: من المتفق عليه أن القسامة لا تكون إلا فى جريمة القتل فقط فلا قسامة فى جرح ولا فى قطع عضو أو فقد منفعة ولا قسامة فى ضرب أو إيذاء أو اعتداء أيا كان نوعه مالم يؤد للموت. ويستوى أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ ففى كل قتل أيا كان نوعه القسامة(٢).

متى تكون القسامة؟

لا محل للقسامة عند أبى حنيفة إلا إذا كان القاتل مجهولا فإن كان معلوماً فلا قسامة ويتبع فى إثبات الجريمة ونفيها طرق الإثبات العادية(٣).

٤٥٨ – أما مالك والشافعى وأحمد فمحل القسامة أن يكون القاتل معيناً وأن يكون هنالك لوث فإن كان القاتل مجهولا فلا قسامة عند الأئمة الثلاثة ولكن الغزالى وهو من الفقهاء الشافعيين يرى أن لا بأس من أن يكون القاتل مجهولا بين معينين فإن حكمه حكم المعين كما إذا اتهم ولى القتيل عشرة وقال القاتل أحدهم(٤)

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩١ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٦ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٢ – الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣ .

(٣) بدائع الصنائع ص ٢٨٨

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٩ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٨ – المغنى ج ١٠ ص ٤ .

واللوث عند مالك والشافعى هو أمر ينشأ عن غلبة الظن بصدق المدعى[١] أو هو قرينة توقع فى القلب صدق المدعى[٢] كوجود جثة القتيل فى محلة أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل أو رؤية المتهم على رأس القتيل ومعه سكين وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث .

وهناك خلاف بين المالكية والشافعية على ما يعتبر لوثا فالمالكية يعتبرون ادعاء المجنى عليه على المتهم قبل وفاته لوثا ولا يعتبره الشافعيون كذلك والإشاعة المتواترة لوث عند الشافعيين وليست كذلك عند المالكيين[٣] .

واللوث عند أحمد على الرواية المرجوحة هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص وكل من بينه وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله .

واللوث على الرواية الراجحة هو ما يغلب على الظن صدق المدعى كالعداوة المذكورة سابقاً وكأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم وكأن يزدحم الناس فى مضيق فيوجد فيهم قتيل وكأن يوجد قتيل ولا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله وهذا الرأى الثانى موافق بما يراه مالك والشافعى[٤] وتعدد اللوث لا يمنع من القسامة كما لو قال المجنى عليه قبل موته قتلنى فلان وكان هناك شاهد عدل يشهد بأنه رأى المتهم يقتل المجنى عليه فالقسامة واجبة مع تعدد اللوث ولا ينفى تعدد اللوث عنها إلا عند من يأخذون فالقرائن ويرونها كافية وحدها لإثبات الجريمة[٥] وإذا وجد قتيل ولم يكن لوث فلا قسامة عند مالك والشافعى وأحمد وإن عين أولياء القاتل والدعوى فى هذه الحالة كسائر الدعاوى إن كانت بينة

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ س ٥٠ (٢) أسنى المطالب ج ٤ س ٩٨ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦٩ ، ٣٧١ – شرح الزرقانى ج ٨ ٥٠ ، ٥٥ ص .
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٧ ، ١٢ (٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ .

حكم للمدعين بها وإن كان إقرار حكم به وإلا فالقول قول المنكر ، وهذا يخالف مذهب أبي حنيفة الذي يرى القسامة بوجود الجثة وبها أثر القتل .

٤٥٩ - وإذا ادعى أولياء القتيل القتل ولم توجد الجثة في محل المدعى عليهم ولم تكن عداوة ولا لوث فلا قسامة عند الجميع . ويرى البعض في هذه الحالة أن لا يحلف المدعى عليه وحجة القائلين بهذا أن الدعوى لا يقضى فيها بالنكول فلا يستحلف فيها كالحدود ويرى البعض أنه يستحلف والقائلون بهذا يحتجون بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ويرون أن النص يوجب اليمين لعمومه وأن النص صريح في انطباقه على دعوى القتل حيث يقول لادّعى قوم دماء رجال وأموالهم وادعاء لدماء هو ادعاء القتل . والقائلون بهذا يختلفون فبعضهم يرى أن يحلف المدعى عليه يميناً واحدة وهو الرأى الراجح والبعض يرى أن يحلف خمسين يميناً وهو الرأى المرجوح . فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيرى البعض أنه لا يجب عليه شيء بنكوله ويرى البعض أن النكول لا يجب به غير الدية ويرى البعض أن ترد اليمين على المدعى إذا نكل المدعى عليه فتكون قسامة ويحلف المدعون خمسين يميناً لأن النكول يعتبر لوثا في هذه الحالة فتتوفر شروط القسامة[1] .

٤٦٠ - وظاهر مما سبق أن القسامة تكون عند مالك والشافعي إذا علم القاتل وانعدمت البينة المثبتة للقتل وكان لوث ، فإن كانت بينة تثبت القتل أو كان إقرار فلا قسامة ومعنى هذا أن القسامة عندهم دليل خاص مثبت للقتل إذا انعدم دليله الأصيل .

ويختص مالك بنوع من القسامة يوجبه مع توفر الدليل على القتل وذلك في حالة ما إذا أصيب المجنى عليه في جريمة القتل فلم يمت في الحال واستمر وقتاً يأكل ويشرب ويتكلم ثم مات بعدها فتجب القسامة على أولياء القتيل يحلفون

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣ ، ٧ .

بالله أن القتيل مات من إصابته وهذا النوع من القسامة ليس إلا دليلا من نوع خاص على أن الوفاة نشأت عن الإصابة وليس له معنى فى عصرنا الحاضر بعد أن أصبح الأطباء قادرين على تعيين سبب الوفاة .

أما القسامة عند أبى حنيفة فلا تكون إلا إذا وجدت جثة القتيل فى محلة وكان القاتل مجهولا وهى ليست دليلا على القتل وإنما هى دليل نفى لأهل المحلة التى وجد فيها القتيل فهم يحلفون بالله ما قتلوه ليدرأوا عن أنفسهم القصاص وتجب عليهم الدية فى الوقت ذاته لوجود القتيل بين أظهرهم .

والقسامة عند ابن حزم تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يميناً فإن هم حلفوا على العمد فالقود ، وإن حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا[1] .

فالقسامة عند ابن حزم تجمع بين مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك والشافعى وأحمد فيأخذ من مذهب أبى حنيفة سبب وجوب القسامة ، ويأخذ من مذهب الأئمة الثلاثة كيفية القسامة .

٤٦١ - والقسامة عند أبى حنيفة أشبه ماتكون بما تفعله جيوش الاحتلال فى البلاد المحتلة فى عصرنا الحاضر فى حالة الاعتداء على رجال الجيش المحتل وفى حالة الثورات إذ تفرض غرامة على كل قرية قتل فيها جندى لم يعلم قاتله أو ارتكبت فيها جريمة هامة لم يعلم مرتكبها ، وتحصل الغرامة من جميع سكان القرية على السواء .

والواقع أن القسامة عند أبى حنيفة تعتبر بحق وسيلة طيبة لإظهار الفاعلين فى حوادث القتل لأن أهل القرية إذا علموا أنهم سيلزمون دية القتيل الذى لا يظهر قاتله اجتهدوا فى منع المشبوهين من الإقامة بين ظهرانيهم وأخذوا على أيدى سفهائهم ومجرميهم كما أن كل من كان لديه معلومات عن القتل سابقة أو

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٠ .

لاحقة لن يتأخر فى الغالب عن تبليغها للجهات المختصة بل إنهم قد يحملون القاتل على أن يقدم نفسه و يعترف بجرمه .

٤٦٢ – **كيفية القسامة** : القسامة عند مالك والشافعى وأحمد على أولياء القتيل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم » وعلى هذا أن يحلف أولياء القتيل ابتداء خمسين يميناً .

ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيداً فيقول الحالف والله الذى لا إله إلا هو عالم خائنة الأعين وماتخفى الصدور ، فإن اقتصر على لفظ والله كفى ، ويصح أن يقول والله أو بالله وتالله وكل مازاد على هذا تأكيداً ، ويشترط فى اليمين أن تكون على البت وأن تكون قاطعة فى ارتكاب المتهم الجريمة بنفسه أو بالاشتراك مع غيره وعلى الحالف أن يبين ما إذا كان الجانى تعمد الفعل أم لم يتعمده فيقول مثلا « والله إن فلانا ابن فلان قتل فلاناً منفرداً بقتله ماشركه غيره ، وإن كانا اثنين قال ، ومنفردين لقتله ماشركهما غيرهما ثم يقول عمداً أو خطأ » .

فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ويشترط فى يمين المدعى عليه مايشترط فى يمين المدعى من البت والقطع ببراءته فيقول والله ماقتلته ولاشاركت فى قتله ولافعلت سبباً مات منه ولا كان سبباً فى موته ولا معيناً على موته .

فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا أيمان المدعى عليهم برىء المتهمون وكانت دية القتيل فى بيت المال على رأى أحمد ، وهو رأى لايأخذ به بقية الأئمة . وإن نكل المدعى عليهم عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا على رأى فى مذهب أحمد ولم يحبسوا على الرأى الآخر ، وحبسوا المدة سنة على رأى مالك ، فإن لم يحلفوا عذروا – أما الشافعى فيرى أن ترد الأيمان على المدعين فإن لم يحلفوا فلا شىء على المدعى عليهم ، وإن حلفوا وجبت العقوبة على المدعى عليهم (1) .

---

(1) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٥ ، ٥٩ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٣ – الشرح الكبير ج ١٠ ص ٤٠ ، ٤٧ .

أما أبو حنيفة فيرى أن القسامة على أهل المحلة ابتداء فإن حلفوا وجبت عليهم الدية وعنده أن الحلف لحقن دماء الحالفين لأن حفظ المحلة عليهم ونفع ولاية التصرف فى المحلة عائد عليهم وهم المتهمون فى القتل فكانت القسامة والدية عليهم [1]

ويحلف خمسون رجلا من أهل المحلة والله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا ، وإذا امتنع المدعى عليهم عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ولكن امتناعهم لا يسقط عنهم الدية [2] .

٤٦٣ - **من يدخل القسامة** : يدخل القسامة على رأى الشافعى كل الورثة سواء كانوا رجالا أو نساء فتدخل الزوجة والبنت كما يدخل الإبن والزوج وتوزع الأيمان عليهم بحسب نصيبهم من الإرث . ويجبر الكسر لأن اليمين الواحدة لا تتبعض فلو حلف تسعة وأربعين حلف كل يميناً . وفى قول يحلف كل من الورثة خمسين يميناً لأن العدد يعتبر كيمين واحدة ، فإذا ردت اليمين على المدعى عليهم حلف كل واحد منهم خمسين يميناً كاملة [3] .

٤٦٤ - **وفى مذهب أحمد روايتان** : — **أولاهما** : أن الأيمان تختص بالورثة دون غيرهم وبالرجال دون النساء ، فعلى هذه الرواية تقسم الأيمان بين الورثة من الرجال سواء كانوا من ذوى الفروض أو العصبات كل على قدر إرثه إن كانوا جماعة وإن كان واحدا حلفها وحده ، فإن انقسمت الأيمان فى حالة التعدد من غير كسر مثل أن يرث المقتول ابنان أو أخ وزوج حلف كل منهما خمساً وعشرين يمينا ، وإن كان فيها كسر جبر عليهم مثل زوج وابن ، يحلف الزوج ثلاثة عشر يميناً والإبن ثمانية وثلاثين يميناً لأن تكميل الخمسين واجب ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن البعض الآخر فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم ، وهناك من يرى أن يحلف كل وارث

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩١ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٩ .

خمسين يميناً سواء تساووا فى الميراث أو اختلفوا فيه لأن ماحلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى[١].

ثانيهما : ـ أن يحلف من العصبة خمسون رجلا كل واحد يميناً وهو قول لمالك ، وعلى هذا يحلف الوارثون من العصبة ، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة الأقرب منهم فالأقرب[٢].

٤٦٥ ـ ويفرق مالك بين حالة الخطأ وحالة العمد ، ففى الخطأ يحلف أيمان القسامة من يرث القتيل ، وإن كان واحداً ولو أخاً لأم أو امرأة ، وإذا تعدد الورثة حلف كل وارث على قدر إرثه فإن كان وارث واحد حلف الأيمان كلها وتجبر اليمين عند الكسر على أكثر كسرها ، ولو كان صاحب الكسر الأكبر أقل نصيباً فى الميراث كابن وبنت ، على الإبن ثلاثة وثلاثون يميناً وثلث ، وعلى البنت ستة عشر يميناً وثلثان ، فتحلف البنت سبعة عشر يميناً والابن ثلاثة وثلاثين .

أما فى العمد فلا يحلف إلا العصبة ، ولا يحلف فى العمد أقل من رجلين من العصبة ويستوى أن يكون العاصب وارثاً أم غير وارث ولا تحلف النساء فى العمد ، وللولى إن كان واحداً أن يستعين بعاصبه هو ولو لم يكن عاصباً للقتيل كامرأة مقتولة ليس لها عصبة غير ابنها وله إخوة من أبيه فله أن يستعين بهم[٣]

٤٦٦ ـ ويرى أبو حنيفة أن القسامة لاتجب إلا على الرجال فلا تجب على صبى ولا مجنون ولو وجد القتيل فى ملك أحدهما ، لأن القسامة يمين [illegible] ليسا من أهل اليمين ولأن القسامة تجب على من هو من أهل النصرة و[illegible] من أهل النصرة فلاتجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما إذا وجد القتيل فى ملكهما وهناك خلاف فى هذا المذهب على ما إذا كانا يدخلان فى الدية مع العاقلة ، فيرى

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٦ ، ٥٧

البعض دخولها لأنهما مؤاخذان بالضمان المالى لأفعالها وهو الرأى الراجح ، أما اذا وجد القتيل فى ملك غيرهما فمن المتفق عليه أنهما لا يدخلان فى الدية مع العاقلة.

ولا تدخل المرأة فى القسامة والدية فى قتيل وجد فى غير ملكها لأن وجوبهما بطريق النصرة وهى ليست من أهلها و إن وجد فى دارها أو فى قرية لها لا يكون بها غيرها فعليها القسامة فتستحلف و يكرر عليها الأيمان على الرأى الراجح[1] .

ما يجب بالقسامة : – تجب الدية بالقسامة فى الخطأ وشبه العمد وهذا متفق عليه .

٤٦٧ – أما فى العمد فيرى مالك أن القصاص يجب بالقسامة إذا كان المتهم واحداً ، فإذا تعدد المتهمون وجب القصاص بالقسامة على واحد فقط يعينه أولياء القتيل ويحلفون أنه مات من ضربه أو جرحه ، و يرى ابن رشد أنه يجوز أن يقتص بالقسامة من أكثر من واحد إذا اختلفت الأفعال التى أدت للقتل كمن يمسك شخصاً لآخر ثم يقول له اضربه اقتله فيفعل ذلك ، فإنهما يقتلان معا بالقسامة لأن الموت كان نتيجة لفعليهما معاً .

ولأن فعل كل منهما يخالف فعل الآخر ، أما إذا اتحد الفعل المؤدى للموت فلا يقتص إلا من واحد[2]

٤٦٨ – ورأى الشافعى القديم جواز القصاص بالقسامة فى العمد ولكن رأيه الآخر أنه لا تجب بالقسامة إلا الدية سواء كان الفعل عمداً أو شبه عمد أو خطأ والرأى الأول قائم على قول الرسول صلى الله عليه وسلم « تستحقون دم صاحبكم » . والرأى الثانى قائم على قوله « إما أن يدوا صاحبكم ، أو يؤذنوا بحرب من الله ورسوله » وقد فسرت عبارة دم صاحبكم ببدل دم صاحبكم جمعاً بين الدليلين[3]

و يرى أبو حنيفة أنه لا يجب بعد القسامة إلا الدية فى العمد وغير العمد لأن القسامة جعلت لحقن دماء المدعى عليهم .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٩ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٥ .

ويرى أحمد أن يقتص بالقسامة فى العمد مالم يمنع مانع شرعى من القصاص[١] .

٤٦٩ — **شروط القسامة** : ـ لاتجب القسامة إلا إذا توفرت الشروط الآتية:

أولا : أن يثبت أن الموت نتيجة القتل ، فإن كان مات حتف أنفه أو تساوى احتمال موته حتف أنفه بموته قتيلا فلا قسامة .

ثانياً : أن يكون لوث طبقاً لما يراه مالك والشافعى وأحمد وقد بينا معنى اللوث فإن لم يكن لوث فلا قسامة . أما أبو حنيفة فلايشترط إلا أن توجد الجثة فى محله وبها أثر القتل ، فإن لم توجد الجثة على هذا الوجه فلا قسامة ، وإذا أصيب القتيل بجرح فى محلة فحمل إلى أهله فمات من تلك الجراحة وجبت القسامة والدية عند أبى حنيفة ولا يراهما أبو يوسف بحجة أنه أصيب فى المحلة ولم يمت فيها ولاقسامة فيما دون النفس . ويرد عليه بأن القتيل مات من الجراحة فكأن الجراحة وقعت قتلا من وقت حدوثها .

ويشترط الحنفيون أن يوجد من القتيل أكثر بدنه فإن وجد ففيه القسامة والدية لأن للأكثر حكم الكل فيسمى قتيلا ، أما إذا وجد عضو من أعضائه فلاقسامة فيه ولادية ، وإن وجد النصف الذى فيه الرأس ففيه القسامة والدية وإن وجد الرأس وحده فلا قسامة ولادية . ولا يشترط بقية الأئمة هذه الشروط فالقسامة واجبة سواء وجد كل الجثة أم وجد بعضها[٢] .

ثالثاً : أن لايعلم القاتل عند أبى حنيفة فإن علم فلاقسامة . أما عند مالك والشافعى وأحمد فيشترط للقسامة تعين القاتل ، فإذا لم يعين فلا قسامة .

رابعاً : أن يتقدم أولياء القتيل بدعواهم أى باتهامهم لأن الدعوى لاتسمع على غير معين عند مالك والشافعى وأحمد ، ولأن القسامة يمين مقصود به دفع التهمة عند أبى حنيفة ولاتجب اليمين قبل الدعوى والاتهام[٣] .

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٠ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٩ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٤ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٨ .

خامساً : أن لا يكون هناك ادعاء متناقض كأن يكون الأولياء قد ادعوا على شخص أنه انفرد بالقتل ثم عادوا فادعوا على آخر بأنه هو القاتل أو كأن يدعى بعض الأولياء أن شخصاً هو القاتل و يبرئه البعض الآخر من القتل أو يدعوه على غيره ، فإذا وجد مثل هذا التناقض امتنعت القسامة ، و يشترط في التناقض المانع من القسامة أن يكون بحيث ينفي الاتهام عن المتهم .

سادساً : أن ينكر المدعى عليهم القتل فإذا اعترفوا به فلا قسامة .

سابعاً : و يشترط أبو حنيفة المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعى ، وحق المدعى يوفى بطلبه ولذا كان الاختيار في حال القسامة لأولياء القتيل لأن الأيمان حقهم فلهم أن يختاروا من يتهمونه و يستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون أنهم لا يحلفون كذباً ، و إذا طولب من عليه القسامة باليمين فنكل عنها حبس حتى يحلف أو يقر لأن اليمين حق مقصود لنفسه وليست وسيلة للدية إذ الدية مفروضة مع اليمين و يرى أبو يوسف أن لا يحبس الناكل و يحكم بالدية[1] .

ثامناً : و يشترط أبو حنيفة أيضاً أن يكون الموضع الذي وجدت فيه الجثة ملكا لأحد وفي يد أحد ، فإن لم يكن ملكا لأحد ولا في يد أحد فلا قسامة ولا دية .

و إذا وجدت الجثة في مكان عام التصرف فيه للعامة لا لجماعة محصورين لا تجب القسامة وتجب الدية من بيت المال .

٤٧٠ — و إذا وجد القتيل في فلاة لا يملكها أحد فلا قسامة ولا دية إذا كانت بحيث لا يسمع الصوت في القرى والأمصار القريبة ، فإذا كانت بحيث يسمع الصوت وجبت القسامة والدية على أقرب المواضع إلى الجثة ، و إذا كان المكان قريباً من عدة قرى وجبت القسامة والدية على أقرب القرى إليه ، وإن كان المكان قريباً من المصر فعلى أقرب أحياء المصر الدية والقسامة وهذا هو قضاء عمر بن الخطاب .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٨٩ .

ولا قسامة فى قتيل وجد فى المسجد الجامع ولا فى الشوارع أو الجسور أو الطرق العامة لأنها محلات عامة بمعنى الكلمة وتجب الدية فى بيت المال .

ولا قسامة فى قتيل وجد فى سوق عامة إلا إذا كان السوق ملكا لفرد أو أفراد أو مستأجرا لهم .

واختلف فى قتيل السجن فرأى البعض القسامة على المسجونين ولم يرها البعض الآخر (١) .

القـــرائن

٤٧١ — عرفت الشريعة الإسلامية القرائن من يوم وجودها ، و بنى الكثير من أحكام الشريعة على أساس القرائن ، من ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة سواء وجد لوث أم لم يوجد فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتيل فى محلة المتهمين لأن وجود الجثة فى المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها ، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل ، فرؤية شخص على مقربة من الجثة ملوث بالدماء لوث وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل . ومن ذلك النكول عند من يرى أن النكول يؤدى إلى إثبات الجريمة ، فإن ثبوت الجريمة عن طريق النكول إثبات بالقرينة إذ النكول ليس إلا قرينة على أن الاتهام الموجه المتهم صحيح (٢) .

ومن ذلك إثبات الزنا بالحمل ، فإن الحمل قرينة على الوطء المحرم المعتبر زنا (٣) .

ومن ذلك إثبات شرب الخمر بانبعاث رائحتها من فم المتهم ، فإن ثبوت الجريمة أساسه القرينة المستفادة من انبعاث رائحة الخمر من فم المتهم والتى تفيد أنه شرب الخمر (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٨٩ ، ٢٩٠ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٧٩ — المغنى ج ١٠ ص ٦ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ وما بعدها

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ المغنى ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ — الطرق الحكمية ص ٦

ومن ذلك ثبوت السرقة على من يوجد فى حيازته المال المسروق وأساس الثبوت هنا هو القرينة المستفادة من وجود المال فى حيازة المتهم والتى تدل غالباً على أنه هو الذى سرقه[١] .

ومن ذلك جواز دفع اللقطة لمن يصفها بمميزاتها وكذلك الوديعة ، والمسروقات مادام صاحب اللقطة أو الوديعة أو المال المسروق مجهولا وأساس هذا الحكم القرينة المستفادة من بيان صفات ومميزات الشىء والتى تدل على أن من وصفه هو صاحبه[٢] .

وليس يخلو مذهب فقهى من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن فى استنباط الأحكام الفرعية ، كما أن كثيرا من الأحكام الأساسية ، أقامتها الشريعة على أساس القرائن كقول الرسول صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فإن قيام الزوجية جعل دليلا على أن من تلده المرأة يكون ابنا للزوج .

ولقد جرى كثير من الخلفاء والولاة والقضاة من وقت نزول الشريعة الإسلامية على الأخذ بالقرائن باعتبارها دليلا لإثبات الدعاوى الجنائية والمدنية ولهم فى ذلك آثار مشهورة[٣] .

و بالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن واتجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بالقرائن ، فإن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلا عاماً من أدلة الإثبات فى الجرائم اللهم إلا فيما نص عليه بنص خاص كالقسامة ولعل عذرهم فى ذلك أن القرائن فى أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة وأنها تحمل أكثر من وجه ، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدما بصحته .

أما أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن فى إثبات الجرائم مع الاعتدال ومن

(١) طرق الحكمية ص ٦ .
(٢) طرق الاثبات الشرعية ص ٥١٨ .
(٣) الطرق الاثبات الشرعية ص ٣-٦٦

هؤلاء ابن القيم فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلا كبيرا ، وإنه إن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع فى أنواع من الظلم والفساد (١) .

النكول عن اليمين وردها

٤٧٢ - اختلف الفقهاء فى اعتبار النكول عن اليمين طريقاً من طرق الإثبات ، فرأى بعضهم أن المدعى إذا لم يقم بينة على ما ادعاه ولم يقر المدعى عليه كان على المدعى عليه أن يحلف على نفى المدعى به ، فإن نكل عن الحلف قضى للمدعى بما يدعيه بنكول المدعى عليه وهذا هو رأى أبى حنيفة والمشهور من مذهب أحمد . ورأى البعض أن نكول المدعى عليه لا يكفى وحده لثبوت المدعى به ، بل ترد اليمين على المدعى فإن حلف اليمين المردودة قضى له بما يدعيه وهذا هومذهب مالك والشافعى وقد صوبه أحمد فقال ماهو ببعيد يحلف ويستحق ، وعلى هذا لا تكون الدعوى ثابتة بالنكول و إنما باليمين المردودة (٢) .

٤٧٣ - واختلف الفقهاء بعد ذلك فيما إذا كان يمكن الحكم بالنكول واليمين المردودة فى الجرائم فرأى مالك أنه لا يجوز الحكم باليمين المردودة فى الجرائم سواء كانت حدوداً أو قصاصاً أو تعازيراً ، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية ، وعلى هذا فإذا لم تكن بينة ونكل المتهم عن الحلف فلا ترد اليمين على المدعى لأن حلفها ليس له أثر (٣) .

٤٧٤ - ويرى الشافعى أنه يحكم باليمين المردودة فى الجرائم المتعلقة بحقوق الآدميين كالقتل والضرب والشتم سواء كانت العقوبة قصاصاً أو دية أو تعزيراً ، وكذلك فى جرائم التعازير المتعلقة بالأمور العامة كطرح الحجارة فى الطريق

---

(١) الطرق الحكمية ص ٣ ، ٤ .

(٢) المغنى ج ١٢ ص ١٢٤ - الطرق الحكمية ص ٨٤ وما بعدها - طرق الإثبات الشرعية ص٤٣٨ ، ٤٥٩ - أسنى المطالب ج ٤ص٤٠٤ وما بعدها ، تبصرة الحكام ج ١ص١٦٩

(٣) تبصرة الحكام ج ١ ص ١٧٤ وما بعدها .

وإفساد الآبار ، أما فى جرائم الحدود فالقاعدة ألا يحكم فيها باليمين المردودة إلا فى بعض الحالات الاستثنائية [١] .

٤٧٥ ـ ويرى أبو حنيفة وصاحباه القضاء بالنكول ولكنهم اختلفوا فى تفسير النكول فقال أبو حنيفة إنه بذل من جهة المدعى عليه ، وقال الصاحبان إنه إقرار وقد أدى هذا الخلاف إلى اختلافهم فى بعض المسائل ، ويمكن تلخيص رأى الأحناف فيما يختص بالقضاء بالنكول فى الجرائم فيما يأتى : ـ

١ ــ فى جرائم الحدود واللعان لا يستحلف المنكر اتفاقاً ، إما على قوله فلأن البذل لا يصح فى شىء منها ، وإما على قولهما فلأن النكول إقرار فيه شبهة لأنه هو فى نفسه سكوت أو تصريح بالامتناع عن اليمين والحدود تدرأ بالشبهات ، واللعان فى معنى الحد لأنه قائم مقام حد القذف فى حق الزوج وقائم مقام حد الزنا فى حق المرأة .

٢ ـ **فى جرائم القصاص والدية** : ـ إذا كانت الجريمة توجب المال صح التحليف فيها والحكم بالنكول اتفاقاً لأن الأموال يصح فيها البذل من جهة ، وتثبت بالإقرار مطلقاً من جهة أخرى .

أما إذا كانت الجريمة مما يوجب القصاص استحلف المدعى عليه باتفاق غير أنه إذا نكل عن اليمين لزمه القصاص على قول أبى حنيفة لأنه بذل ، وبذل ما دون النفس جائز كما تقدم . وأما على قولهما فلا قصاص بل يلزمه الأرش لأن النكول عندهما إقرار فيه شبهة .

٤٧٦ ـ وإذا كان النكول عن اليمين فى الجناية على النفس حبس حتى يحلف أو يقر على قول أبى حنيفة لتعذر القضاء بالنكول ، إذ النفس لا يصح فيها البذل وعلى قولهما يحكم عليه بالدية بنكوله لأن النكول إقرار فيه شبهة [٢]

٣ ـ **فى جرائم التعازير** . يصح طبقاً لرأى الصاحبين الحكم فيها بالنكول

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٣ ، ٤٠٦ ـ ونفس المرجع ص ١٠٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٧

(٢) طرق الاثبات الشرعية ص ٤٣٨ ، ٤٤٣ .

لأن النكول إقرار لا شبهة فيه فى التعازير إذ الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه ، ويصح طبقاً لرأى أبى حنيفة الحكم فى هذه الجرائم بالنكول إذا أوجبت عقوبة مالية لأن المال مما يصح بذله أما إذا أوجبت عقوبة بدنية فلا يصح الحكم بالنكول ، وهذا هو قياس رأى أبى حنيفة وصاحبيه .

وفى مذهب أحمد رأيان : أولهما أنه لا يقضى بالنكول إلا فى المال ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول [١] .

ومقتضى هذا الرأى أن لا يحكم بالنكول فى جرائم الحدود ولا فى جرائم التعازير التى لا توجب المال ، ويحكم فى جرائم القصاص والدية بالنكول على أن تكون العقوبة مالية .

والرأى الثانى يرى الحكم بالقصاص على الناكل إذا كان القصاص فيما دون النفس [٢]

مسائل عامة

عن الحدود

٤٧٧ – تعريف الحد : – الحد لغة : هو المنع واصطلاحاً : هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى [٣]

ويطلق لفظ الحد عادة على جرائم الحدود وعلى عقوباتها فيقال ارتكب الجانى حداً ويقال عقوبته حد ، وإذا أطلق لفظ الحد على الجريمة فإنما يقصد تعريف الجريمة بعقوبتها ، أى بأنها جريمة ذات عقوبة مقدرة شرعاً ، فتسمية الجريمة بالحد تسمية مجازية .

ويرى بعض الفقهاء أن الحد هو العقوبة المقدرة شرعاً [٤] .

---

(١) المغنى ج ١٢ ص ١٢٦ .

(٢) نفس المراجع السابقة ، والإقناع ج ٤ ص ٤٥٣ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ – الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ – شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٢ – المحلى لابن حزم ج ١١ ص ١١٨ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ .

ويدخل تحت الحد بهذا المعنى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأن عقوباتها جميعاً مقدرة شرعاً.

والمشهور هو تخصيص لفظ الحد لجرائم الحدود وعقوباتها دون غيرها [١]

وتعريف عقوبة الحد بأنها العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى يؤدى إلى هذا التخصيص، وبهذا التعريف تخرج العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية، لأن هذه العقوبات وإن كانت مقدرة شرعاً إلا أنها مقررة حقاً للأفراد، كذلك تخرج عقوبات جرائم التعازير لأنها جميعاً عقوبات غير مقدرة.

ومعنى أن العقوبة مقدرة أن الشارع عين نوعها وحدد مقدارها ولم يترك اختيارها أو تقديرها لولى الأمر أو القاضي.

ومعنى أن العقوبة مقررة حقاً لله تعالى أنها مقررة لصالح الجماعة وحماية نظامها والفقهاء حينما ينسبون العقوبة لله جل شأنه، ويقولون إنها حق لله يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة

وتعتبر العقوبة حقاً لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة لهم، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها إليهم، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد، لأن اعتبار العقوبة لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الأفراد والجماعة لها [٢].

٤٧٨ - **الحد والجناية**: ويعبر بعض الفقهاء عن جريمة الحد بلفظ الجناية، ويكتبون عن جرائم الحدود تحت عنوان الجنايات [٣] والجناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه وفى الاصطلاح الفقهى اسم لفعل محرم شرعاً، ولفظ الجناية مرادف اصطلاحاً للفظ الجريمة، ولما كانت الحدود جرائم فقد صح أن

---

(١) المرجع السابق.
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢، ١١٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦.
(٣) الوجيز للغزالى ج ٢ ص ١٦٤ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٣٠.

نسمى بالجنايات ، ولا يغير من ذلك أن عقوباتها مقدرة لأن تسمية الجريمة بالحد إنما هى تسمية مجازية كما قلنا من قبل .

ويبقى بعد ذلك أن نعرف أنه إذا كان كل حد جناية ، فإن كل جناية ليست حدا ، لأن من الجنايات جرائم التعازير وعقوباتها غير مقدرة ، وإذا لم تكن عقوبة الجريمة مقدرة فالجريمة ليست حداً بل إنها لا تكون حداً إلا إذا كانت عقوبتها مقررة حقاً لله تعالى على الرأى المشهور .

٤٧٩ — جرائم الحدود : جرائم الحدود سبع وهى : —

(١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة أو المحاربة (٦) الردة (٧) البغى

وهذا ما يراه جمهور الفقهاء ، ولكن ابن حزم يخرج البغى من جرائم الحدود ويدخل جريمة جحد العارية[(١)] .

وسنخصص لكل جريمة من هذه الجرائم كتابا ، أما جريمة جحد العارية فسنتناولها أثناء الكلام على جريمة السرقة إذ أن مايعتبره ابن حزم جحداً للعارية يعتبره جمهور الفقهاء سرقة .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١١ ص ١١٨ ، ٣٧٣ .

الكتاب الأول

فى الـــزنا

تمهيد

٤٨٠ — **الزنا فى الشريعة والقانون** : تختلف جريمة الزنا فى الشريعة الإسلامية عنها فى القوانين الوضعية ، فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج ، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا ، وأغلبها يعاقب بصفة خاصة على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كالقانون المصرى والقانون الفرنسى ، ولا تعتبر ما عدا ذلك زنا وإنما تعتبره وقاعاً أو هتك عرض .

ولا يعاقب القانون المصرى على الوقاع إلا فى حالة الاغتصاب ، فإن كان بالتراضى فلا عقاب عليه ما لم يكن الرضا معيباً .

ويعتبر القانون المصرى الرضا معيباً إذا لم يبلغ المفعول به ثمانية عشر عاماً كاملة — ولو وقعت الجريمة بناء على طلبه هو — فإن بلغها اعتبر رضاه صحيحاً ، والعقوبة فى حالة الرضا المعيب بسيطة لأن الفعل يعتبر جنحة .

ويدخل اللواط فى هتك العرض طبقاً لقانون العقوبات المصرى سواء لاط الفاعل بامرأة أو برجل .

ويعاقب القانون المصرى الرجل والمرأة معاً فى حالة الزنا ، أما فى الوقاع وهتك العرض فلا يعاقب القانون إلا طرفاً واحداً هو الفاعل سواء أتى المفعول به فى القبل أو فى الدبر ، وعلة ذلك أن القانون يبيح الفعل طالما كان مصحوباً برضاء المفعول به ، فإن كان رضاه منعدماً أو معيباً اعتبر مجنياً عليه لا جانياً .

٤٨١ - أساس عقوبة الزنا فى الشريعة والقانون : وتعاقب الشريعة الإسلامية على الزنا باعتباره ماساً بكيان الجماعة وسلامتها ، إذ أنه اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هى الأساس الذى تقوم عليه الجماعة ، ولأن فى إباحة الزنا إشاعة للفاحشة وهذا يؤدى إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والشريعة تحرص أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية .

أما العقوبة فى القوانين الوضعية فأساسها أن الزنا من الأمور الشخصية التى تمس علاقات الأفراد ولا تمس صوالح الجماعة ، فلا معنى للعقوبة عليه مادام عن تراض ، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً ففى هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية .

٤٨٢ - الواقع يشهد للشريعة : ولعل ماحدث فى أوربا والبلاد الغربية عامة يؤيد نظرية الشريعة فقد تحللت الجماعات الأوربية وتصدعت وحدتهم وذهب ريحهم وما لذلك من سبب إلا شيوع الفاحشة والفساد الخلقى والإباحية التى لا تعرف حداً تنتهى إليه ، وما أشاع الفاحشة وأفسد الأخلاق ونشر الإباحية إلا إباحة الزنا وترك الأفراد لشهواتهم واعتبار الزنا من الأمور الشخصية التى لا تمس صالح الجماعة .

ولعل أشد ماتواجهه البلاد غير الإسلامية اليوم من أزمات اجتماعية وسياسية يرجع إلى إباحة الزنا ، فقد قل النسل فى بعض الدول قلة ظاهرة تنذر بفناء هذه الدول أو توقف نموها ، وترجع قلة النسل أولا وأخيراً إلى امتناع الكثيرين عن الزواج ، وإلى العقم الذى انتشر بين الأزواج .

ولا يمتنع الرجل عن الزواج إلا لأنه يستطيع أن ينال من المرأة ما يشاء فى غير حاجة إلى الزواج ، ولأنه لا يثق فى أن المرأة ستكون له وحده بعد الزواج ، وقد اعتاد أن يجدها مشاعاً بينه وبين الغير قبل الزواج .

والمرأة التى كانت أمنيتها الأولى الزواج ، ووظيفتها التى خلقت من أجلها إدارة البيت وتربية الأولاد ، هذه المرأة أصبحت فى كثير من الأحوال تنفر من

الزواج ولا ترضى أن تستأمر لرجل تنال ما عنده ، بينما هى تستطيع أن تنال ما عند عشرات الرجال دون أن تثقل نفسها بالقيود والأغلال .

وقد أدى شيوع الزنا إلى مقاومة الحمل من جهة وانتشار الأمراض السرية من جهة أخرى ، وإذا كانت مقاومة الحمل تؤدى فى كثير من الأحوال إلى عقم النساء ، فإن انتشار الأمراض السرية يؤدى فى الغالب إلى عقم الرجال والنساء على السواء .

وكانت المرأة تعيش فى كنف الرجل فى ظل الزواج ، فلما أضرب الرجال عن الزواج كان لابد للمرأة من أن تعيش ، فاضطرت إلى مزاحمة الرجل فى ميدان العمل لتنال قوتها ، فأدى هذا إلى تفشى البطالة وشيوع المبادىء الهدامة وألقى بشعوب أوربا فى بحر لجى يزخر بالفوضى والاضطراب .

ويستطيع الإنسان أن يرتب على هذه المفاسد الاجتماعية نتائجها الخطيرة دون أن يخطىء الحساب ، ولو تدبر هذه النتائج القائلون بأن الزنا علاقة شخصية لعلموا أن الزنا من أخطر الجرائم الاجتماعية ، وأن مصلحة الجماعة تقتضى تحريمه فى كل الصور ، والمعاقبة عليه أشد العقاب ، وعلى هذا الأساس حرمت الشريعة الإسلامية الزنا لتتجنب الوصول إلى تلك النتائج المخيفة ، وقررت أشد العقوبات للزناة حتى أنها اعتبرت من يزنى بعد إحصانه غير صالح للبقاء لأنه مثل سىء وليس للمثل السىء فى الشريعة حق البقاء .

ولقد كانت البلاد الإسلامية على العموم أكثر البلاد إقبالا على الزواج وبعداً عن الإباحية ولكن إباحة الزنا فيها على الطريقة الأوربية نقل إليها نفس الأمراض التى يشكو منها المجتمع الأوربى ، فقد أصبح الرجال يعرضون عن الزواج لأنهم ينالون حاجتهم من المرأة دون زواج ، وبدأت المرأة لا تهتم بالاتصال بالرجل كزوج لأنها تستطيع أن تتصل به كما تشاء من غير طريق الزواج ، وقد صحب الإعراض عن الزواج قلة النسل والعقم وتفشى الأمراض السرية وبدأ النساء يتطلعن إلى مساواتهن بالرجال ، ويزاحمنهم فى شتى الأعمال ، وانحط مستوى الأخلاق

والآداب العامة، وغاض الحياء من الوجوه والنفوس، ولا علاج لهذا كله إلا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها ونبذ القوانين الوضعية والمبادىء الواهية التى تقوم عليها .

الفصل الأول
فى أركان جريمة الزنا

٤٨٣ - **تعريف الزنا** : يعرف الزنا عند المالكيين بأنه وطء مكلف فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق تعمداً [١] .

ويعرفه الحنفيون بأنه وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك [٢]

ويعرفه الشافعيون بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى طبعاً [٣]

ويعرفه الحنابلة بأنه فعل الفاحشة فى قبل أو دبر [٤] .

ويعرفه الظاهريون بأنه وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم أو هو وطء محرمة العين [٥] .

ويعرفه الزيديون بأنه إيلاج فرج فى فرج حى محرم قبل أو دبر بلا شبهة [٦]

٤٨٤ - **أركان جريمة الزنا** : - ظاهر مما سبق أن الفقهاء يختلفون فى تعريف الزنا ، ولكنهم مع هذا الاختلاف يتفقون فى أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد ومؤدى هذا أنهم متفقون على أن لجريمة الزنا ركنين : أولهما الوطء المحرم، وثانيهما : تعمد الوطء أو القصد الجنائى .

---

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٧٤ ، ٧٥ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٣ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٨ . الزيلعى ج ٣ ص ١٦٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ - شرح البجيرمى على المنهج ج ٤ ص ٢٠٩ .
(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٠ - المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ .
(٥) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٢٥٦ .
(٦) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

وسنتناول أثناء الكلام على هذين الركنين وجوه الخلاف بين الفقهاء .

الركن الأول

الوطء المحرم

٤٨٥ - الوطء المعتبر زنا : هو الوطء فى الفرج ، بحيث يكون الذكر فى الفرج كالميل فى المكحلة والرشاء فى البئر ، ويكفى لاعتبار الوطء زنا أن تغيب الحشفة على الأقل فى الفرج أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة ولا يشترط على الرأى الراجح أن يكون الذكر منتشراً .

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زنا ولو دخل الذكر فى هواء الفرج ولم يمس جدره، كما أنه يعتبر زنا سواء حدث إنزال أم لم يحدث .

ويعتبر الوطء زنا ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة[1] .

والقاعدة أن الوطء المحرم المعتبر زنا هو الذى يحدث فى غير ملك ، فكل وطء من هذا القبيل زنا عقوبته الحد مالم يكن هناك مانع شرعى من هذه العقوبة .

أما إذا حدث الوطء أثناء قيام الملك فلا يعتبر الفعل زنا ولو كان الوطء محرماً ، لأن التحريم فى هذه الحالة عارض ، فوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المُحْرِمة أو التى ظاهر منها أو آلى منها كل ذلك محرم ولكنه لا يعتبر زنا[2] .

---

(١) راجع فى كل ماسبق شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٢ المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ، ٣٩١ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٤ - أسنى المطالب ج ٥ ص ١٢٦ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٠١ - المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٥١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

وإذا لم يكن الوطء على الصفة السابقة فلا يعتبر زنا يعاقب عليه شرعا بالحد وإنما يعتبر معصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية ملائمة [(١)] ، ولو كانت المعصية فى ذاتها مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخذة أى الإيلاج بين الفخذين ، وكالمباشرة خارج الفرج ، كذلك يعزر على كل ما يعتبر معصية ولو لم يكن وطأ فى ذاته كالقبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها فى فراش واحد لأن هذه جميعا أفعال محرمة كما أنها من مقدمات الزنا [(٢)] .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أن من حرمت مباشرته فى الفرج لاعتباره زانياً أو لائطا حرمت مباشرته فيما دون الفرج باعتباره عاصياً لقوله تعالى ﴿ والذينَ هُم لفروجِهم حافظون إلاَّ على أزواجهم أو ما مَلَكت أيْمانهم فإنهم غيرُ ملومينَ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ [(٣)] .

وتحرم الشريعة الخلوة بامرأة غير محرم وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لايخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان» [(٤)] فإذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى .

ومن القواعد الأصولية فى الشريعة قاعدة أن ما أدى للحرام فهو حرام ، فإن فعل الجانى ما لا يوجب الحد فعقوبته التعزير سواء كان ما فعله وطئاً لم تتم شروطه كالإيلاج بين الفخذين أو فى الفم ، أو كان ما فعله ليس وطئاً كالخلوة بالمرأة الأجنبية ، وكالعناق والقبلة والنوم معها فى فراش واحد ، لأن هذه جميعاً أفعال محرمة فضلا عن أنها من مقدمات الزنا وتؤدى إليه .

---

(١) راجع ما كتبناه عن المعاصى والحدود والتعازير فى الجزء الأول من التشريع الجنائى الإسلامى ص ٧٨ ، ١٢٦ .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٤ ص ٣١٣ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ ـ الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٠٦ ـ الإقناع ج٤ ص ٢٥٣ المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ١٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ ـ المحلى ج ١١ ص ٢٢٩

(٣) المؤمنون ٥ ـ ٧

(٤) رواه أحمد

وإذا استطعنا بتطبيق القواعد السابقة أن نعرف الأفعال المحرمة فمن السهل أن نعرف بعد ذلك ما يعتبر منها وطئاً وما يعتبر من هذا الوطء زنا .

ويلاحظ أن الشريعة إذا كانت تفرق بين الوطء وما دونه وتعاقب على الأول بعقوبة الحد وعلى الثانى بعقوبة تعزيرية ، فإن الشريعة مع هذا تعتبر الفعل فى الحالين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون الوطء شروعاً فى الجريمة كما هو الحال فى القوانين الوضعية [١] .

٤٨٦ ـ الوطء فى الدبر : ويستوى عند مالك والشافعى وأحمد والشيعة والزيدية أن يكون الوطء المحرم فى قبل أو دبر من أنثى أو رجل ، ويشاركهم فى هذا الرأى محمد وأبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة[٢] وحجتهم فى التسوية أن الوطء فى الدبر مشارك للزنا فى المعنى الذى يستدعى الحد وهو الوطء المحرم ، فهو داخل تحت الزنا دلالة فضلا عن أن القرآن سوى بينهما فقال جل شأنه والخطاب موجه لقوم لوط ﴿ إنكم لتأتون الفاحشة ﴾[٣] وقال ﴿ إنكم لتأتون الرجال شهوةً من دون النساء ﴾[٤] وقال ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾[٥] وقال ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ﴾ [٦] فجعل الوطء فى الدبر فاحشة ، والوطء فى القبل فاحشة فسمى أحدهما بما سمى به الآخر ، روى أبو موسى الأشعرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان »[٧]

---

(١) فصلنا الكلام عن هذه الملاحظة فى الجزء الأول من التشريع الجنائى الإسلامى ص ٣٤٣ ، ٣٤٦ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٦٠ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ .

(٣) العنكبوت ٢٨ (٤) الأعراف ٨١ (٥) النساء ١٥

(٦) النساء ١٦

(٧) أخرجه البيهقى وفى اسناده محمد بن عبد الرحمن ، وقال لا أعرفه والحديث منكر بهذا الإسناد ورواه أبو الفتح الأزدى فى الضعفاء والطبرانى فى الكبير من وجه آخر وفيه المفضل البجلى وهو مجهول وأخرجه أبو داود الطيالسى فى مسنده عنه « يراجع » فى كل ما سبق نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

ويرى أبو حنيفة أن الوطء فى الدبر لا يعتبر زنا سواء أكان الموطوء ذكراً أم أنثى ، وحجته أن الإتيان فى القبل يسمى زنا والإتيان فى الدبر يسمى لواطاً واختلاف الأسامى دليل على اختلاف المعانى ، ولو كان اللواط زنا ما اختلف أصحاب الرسول فى شأنه ، فضلا عن أن الزنا يؤدى إلى اشتباه الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك فى اللواط كما أن العقوبة تشرع دائماً لما يغلب وجوده والزنا وحده هو الغالب لأن الشهوة المركبة فى الرجل والمرأة تدعو إليه ، أما اللواط فليس فى طبيعة المحل مايدعوا إليه[1] .

أما الظاهريون فلا يرون اللواط زنا وإنما يرونه معصية فيها التعزير وحجتهم أن اللواط غير الزنا وأنه لم يرد نص ولا أثر صحيح يعطى اللواط حكم الزنا[2] .

٤٨٧ — وطء الزوجة فى دبرها : ومن المتفق عليه أن إتيان الزوجة فى دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك وطء زوجته .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى تكييف الفعل فيرى أحمد ، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة أن الفعل زنا يعاقب عليه أصلا بعقوبة الحد ، ولكن هذه العقوبة تدرأ لشبهة الملك وللاختلاف فى حلية الفعل[3] ومن ثم يعاقب على الفعل بعقوبة تعزيرية .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ وشرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .
(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ ، ٣٨٥ .
(٣) يعتبر الفقهاء القائلون بالشبهة أن الاختلاف على حل الفعل وحرمته يعتبر بذاته شبهة تدرأ الحد ويرجع الخلاف فى الحكم إلى اختلافهم فى تفسير قوله تعالى ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين . نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم واتقوا الله واعلموا أنكم ملاقوه وبشر المؤمنين ﴾ فقد روى عن ابن عمر أنه لا يرى بأسا من إتيان الزوجة فى دبرها وروى جواز ذلك عن الشافعى ومالك ، وكذبت الرواية عن ابن عمر وعن الشافعى ، وقيل إن الشافعى قال بذلك فى القديم وبعض أصحاب مالك لا يروون عنه هذه الرواية ، وقد أفتى متأخرو أصحابه بالتحريم أما جمهور الفقهاء فيرون تحريم إتيان الزوجة فى الدبر مستدلين بنص القرآن وما ورد فى التحريم من أحاديث ضعيفة يقوى بعضها بعضاً « يراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ وما بعدها والمحلى ج ١٠ ص ٦٩ ، ٧٠ »

ويرى المالكيون والشافعيون والشيعة الزيدية أن الفعل لا يعتبر زنا لأن الزوجة محل لوطء الزوج وللزوج أن يستمتع بها، ولكن المالكيين والزيديين يرون أن الفعل مع ذلك محرم ويعاقب عليه بعقوبة تعزيرية أما الشافعيون فلا يرون التعزير على الفعل إلا عند العودة له بعد نهي الحاكم عنه، فالجريمة عندهم جريمة اعتياد ولا تقع إلا بعد النهي عنها، فإذا لم يكن نهي فلا عقاب لأن الفعل قبل النهي مختلف في إباحته، على أن بعضهم يرى العقوبة على تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهي عن الفعل ومعنى ذلك أن الفعل عندهم محرم، لاشك في تحريمه فلا حاجة لأن ينهى عنه الحاكم.

ويرى أبو حنيفة أن الفعل لا يعتبر زنا للأسباب التي سبق بيانها ولكنه معصية يعاقب عليها بالتعزير.

وكذلك الأمر عند الظاهريين فهم لا يعتبرون الإتيان في الدبر بصفة عامة زنا ولكنهم يرونه معصية يعزر عليها[1].

٤٨٨ — وطء الأموات: — ووطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا عند أبي حنيفة، وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبي الميت في فرجها، وهذا القول رأي في مذهب الشافعي وأحمد.

والقائلون بذلك يوجبون التعزير في الفعل، وحجتهم أن الوطء في الميتة ومن الميت كلاً وطء لأن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهى عادة، فلا حاجة إلى الزجر عن الفعل، والحد إنما يجب للزجر، وعلى هذا الرأي الشيعة الزيدية[2].

والرأي الثاني في مذهبي الشافعي وأحمد يقوم على أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه وطء محرم بل هو أعظم من الزنا وأكثر

---

(١) يراجع في كل ما سبق مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ — المغني ج ١٠ ص ١٦٢ — المحلى ج ١١ ص ٣٨٠ و ج ١٠ ص ٦٩ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغني ج ١٠ ص ١٥٢ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦

إثماً ، حيث انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميت[1] وأصول الظاهريين تقتضى أن يكون رأيهم متفقاً مع هذا الرأى .

ويرى مالك أن من أتى ميتة فى قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانياً ويعاقب بعقوبة الزنا لالتذاذه بذلك الفعل ، بخلاف من وطأ زوجته الميتة فإنه لاحد عليه وبخلاف إدخال المرأة ذكر ميت غير زوج فى فرجها فإنها تعزر ولا تحد فيما يظهر لعدم اللذة[2] .

٤٨٩ — وطء البهائم . — ووطء البهائم والحيوانات على العموم لا يعتبر زنا عند مالك وأبى حنيفة ولكنه معصية فيها التعزير ، وفى حكمه أن تمكن المرأة من نفسها حيوانا كقرد مثلا ، ولا يرون الفعل زنا لأن اعتباره كذلك يوجب فيه عقوبة الحد وهى مشروعة للزجر ، وإنما يحتاج للزجر فيما طريقه منفتح سالك ، وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق ، فالفعل إذن لا يفتقر إلى الزاجر لزجر الطبع عنه .[3]

وللشافعى وأحمد رأيان أرجحهما يتفق مع رأى أبى حنيفة ومالك ، والرأى الثانى يعتبر الفعل زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال وسند هذا الرأى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومن أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وهو حديث لا يصححه الكثيرون[4] .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زنا قياساً على إتيان الرجل المرأة ويجعلون عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتعذيب[5] وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية وإن كان بعضهم يرى مايراه مالك وأبو حنيفة[6] .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ — المغنى ج ١٠ ص ١٥٢

(٢) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٦

(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٨ — شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢

(٤) المغنى جـ ١٠ ص ١٦٣ — نهاية المحتاج جـ٧ ص ٤٠٥ — أسنى المطالب جـ٤ ص١٢٦

(٥) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٤٠٥

(٦) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٣٦

والشافعيون والحنابلة يرون أن المرأة التي تمكن من نفسها حيوانا ، عليها ما على واطىء البهيمة[1] على أن بعض الشافعيين يصرحون بأن ليس على المرأة إلا التعزير[2] .

ويرى الحنابلة فى كل الأحوال قتل البهيمة المأتية سواء عزر الواطىء أو قتل ومن يرى من الشافعيين قتل الواطىء يرى أيضاً قتل البهيمة ، أما الزيديون فيكرهون لحمها وشرب لبنها ولا يرون قتلها[3] .

ويرى الظاهريون أن واطىء البهيمة ليس زانيا ، لأن فعله ليس زنا ، ولم يرد نص بإلحاقه بالزنا ، ولكن لما كان وطء البهيمة محرماً أصلا ففاعل ذلك فاعل منكر ومرتكب معصية عقوبتها التعزير وليس فى فعله ما يبيح قتل البهيمة أو ذبحها[4] .

٤٩٠ — وطء الصغير والمجنون امرأة أجنبية : — لاحد على الصغير أو المجنون فى وطء المرأة الأجنبية لعدم أهليتهما ، إذ الصغير لا يؤخذ بالحد إلا بعد بلوغه ، والمجنون لا يؤخذ به إلا فى حال إفاقته ؛ على أن الصغير يعزر على الفعل إن كان مميزاً .

وقد اختلف فى حكم المرأة التى يطؤها الصبى أو المجنون ، فرأى أبو حنيفة أن المرأة التى يطؤها الصبى أو المجنون لا حد عليها ولو كانت مطاوعة وإنما عليها التعزير ، وحجته أن الحد يجب على المرأة ليس لأنها زانية فإن فعل الزنا لا يتحقق منها إذ هى موطوءة وليست بواطئة ، وتسميتها فى القرآن زانية مجاز لا حقيقة إنما يجب عليها الحد لكونها مزنياً بها ، ولما كان فعل الصبى والمجنون لا يعتبر زنا عند أبى حنيفة فلا تكون مزنياً بها[5] .

---

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ — المغنى ج ١٠ ص ١٦٤ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨

(٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤

ويرى مالك رأى أبى حنيفة فى حالة ما إذا كان الواطىء صبياً ، ولكنه يرى حد المرأة إذا طاوعت المجنون ، وحجته فى هذه التفرقة أن المرأة تنال لذة من المجنون ولا تنال من الصبى [1] .

أما الشافعى فيرى أن تحد المرأة فى الحالتين ولو لم يعاقب الصبى والمجنون ، لأن العقاب امتنع عن الصبى والمجنون لمعنى يخصه هو ، فليس للمرأة ـ وقد ارتكبت الجريمة ـ أن تستفيد من ظروف شريكها الخاصة ، وعلى هذا الرأى الظاهريون والزيديون [2] .

ويرى زفر من أصحاب أبى حنيفة رأى الشافعى ، وهو رواية عن أبى يوسف وحجتهما أن كلا من الزانى والزانية مؤاخذ بفعله ، وقد فعلت المرأة ما هى به زانية ، لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ذلك [3] .

وفى مذهب أحمد رأيان أرجحهما يتفق مع مذهب الشافعى ، والثانى يفرق كمذهب مالك بين ما إذا كان الواطىء صبياً أو مجنوناً ، ويرى أصحاب هذا الرأى الثانى أن تحد المرأة إذا طاوعت المجنون ولا تحد إذا وطئها صبى لم يبلغ سنه عشر سنوات ، فإذا بلغ هذه السن حدت . ويؤخذ على هذا الرأى أنه قائم على تحديد السن ، والتحديد إنما يكون بالتوقيف أى بنص ، ولا توقيف فى هذا الأمر [4]

٤٩١ — وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة : واختلف أيضاً فى وطء العاقل البالغ لصغيرة أو مجنونة ، فيرى مالك أن الواطىء يحد لإتيان المجنونة الكبيرة ، ويحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره ، فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكناً للواطىء فلا حد وإنما يعزر على الفعل [5] .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٨

(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٨ ـ المحلى جـ ١١ ص ١٤٦ شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٣٨

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٦ (٤) المغنى جـ ١ ص ١٥٢

(٥) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٦

ويرى أبو حنيفة وأصحابه أن العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها وجب عليه الحد لأن فعله زنا ، ولأن العذر من جانبها لايوجب سقوط الحد من جانبه[١] .

ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطاً بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا يجامع، أو لو كان الوطء غير ممكن لغيره ، بينما يجعله أبو حنيفة منوطاً بصلاحية الصغيرة للجماع بصفة عامة .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبي حنيفة في هذه الناحية[٢]

ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلا ولا يقيدون العقوبة بأي قيد[٣] وعلى هذا مذهب الظاهريين[٤] .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي، أما الثاني فيخالفه في حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة ، ويفرق أصحاب هذا الرأى بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لايمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فهو زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك ، وإن كانت الصغيرة لاتصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير ، وبعض أصحاب هذا الرأى يحدد سن الصغيرة التي لاتصلح للوطء بتسع سنوات ؛ وحجته أن الصغيرة لا تشتهى في هذه السن ، وأن وطأها يشبه مالو أدخل إصبعه في فرجها[٥] .

والقائلون بحد المرأة إذا وطئها صبي أو مجنون وبحد الرجل إذا وطىء مجنونة أو صبية يتفق رأيهم مع نص المادة (٣٩) من قانون العقوبات المصرى وهى تقضى بأن الظروف الخاصة بأحد الفاعلين لا يتعدى أثرها إلى غيره منهم .

على أن القائلين بالرأى المضاد لايخالفون هذا المبدأ لذاته ، ولكنهم يطبقون

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ .

(٢) شرح الأزهار ج ٢ ص ٣٣٨ .

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٢٨ .

(٤) المحلى ج ١٠ ص ٤٧١ ، ج ١١ ص ٢٥٦ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٥٢ .

قاعدة درء الحدود بالشبهات ، إذ يرون أن الجريمة لاتقع إلا من اثنين بطبيعة الحال ولا يمكن أن تتم إلا باجتماعهما ، ويرون فى إعفاء أحدهما من العقوبة شبهة فى حق الآخر تدعو إلى درء الحد عنه والاكتفاء بتعزيره .

٤٩٢ - الوطء بشبهة : - لايصحح الظاهريون ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « ادرؤوا الحدود بالشبهات »(١) ولذلك فهم يرون أن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد ، فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام »(٢) وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهة ،(٣) لقول الله تعالى ﴿ تِلْكَ حُدودُ الله فلا تعْتَدوها ﴾(٤).

أما باقى الفقهاء فيصححون حديث « ادرؤوا الحدود بالشبهات » وهم متفقون على أن الوطء بشبهة لاحد فيه ، ولكنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة ، وأساس الخلاف فى اعتبار الشبهة هو الاختلاف فى التقدير فيرى البعض أن حالة معينة تعتبر شبهة ، ويرى البعض أنها لاتعتبر كذلك .

---

(١) حديث ادرؤوا الحدود بالشبهات، روى عن على مرفوعا وفيه المختار بن نافع وقال عنه البخارى إنه منكر الحديث ، وأصح ما جاء فيه حديث سفيان الثورى عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود قال « ادرؤوا الحدود بالشبهات . ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفا وروى منقطعا وموقوفا على عمر، ورواه ابن حزم فى كتاب الايصال عن عمر موقوفاً عليه ، وروى من طرق أخر أثبتها مؤلف نيل الأوطار ج ٧ ص ١٩ - ويعضد ذلك الحديث المروى عن أبى هريرة « ادفعوا الحدود ماوجدتم لها مدفعا » رواه ابن ماجه والحديث المروى عن عائشة « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » رواه الترمذى والحاكم والبيهقى .

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما .

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٥٣ (٤) البقرة ٢٢٩

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت وقد اهتم الحنفيون والشافعيون بتقسيم الشبهة وتنويعها بينما لم يهتم غيرهم من الفقهاء بهذا الأمر، واكتفوا بإيراد مايعتبر شبهة وعلة اعتباره شبهة ، على أن الشبهات عند الجميع لايمكن حصرها لأن أساسها في الغالب الوقائع وهي لا تحصر .

ويقسم الشافعيون الشبهة ثلاثة أقسام :[1]

١ ـ شبهة في المحل : كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة أو إتيان الزوجة في دبرها ، فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم ، لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهي حائض أو صائمة أو أن يأتيها في الدبر . إلا أن ملك الزوج للمحل وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضي درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته ، لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ ـ شبهة في الفاعل : كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته . وأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرماً ، فقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد أما إذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ ـ شبهة في الجهة أو الطريق : ويقصد من هذا التعبير الاشتباه في حل الفعل وحرمته ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل . فكل ما اختلفوا على حله أو جوازه كان الاختلاف فيه شبهة يدرأ بها الحد ، فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولي، ويجيز مالك النكاح بلا شهود ، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة، ولا يجيز جمهور الفقهاء هذه الأنكحة، ونتيجة هذا الخلاف أن لا حد على الوطء في تلك الأنكحة المختلف عليها، لأن الخلاف يقوم شبهة تدرأ الحد ،

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ، لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر مادام الفقهاء مختلفين على الحل والحرمة .

ويقسم الحنفيون الشبهة قسمين :

الأول : ـ **الشبهة فى الفعل** [1] : ويسمونها شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثا أو بائنا على مال فى عدتها وتعليل ذلك أن النكاح إذا كان قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلاق ، فإن النكاح قد بقى فى حق الفراش والحرمة على الأزواج فقط ، ومثل هذا الوطء حرام فهو زنا يوجب الحد إلا إذا ادعى الواطىء الاشتباه وظن الحل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقى فى حق الحل أيضاً ، وهذا وإن لم يصلح دليلا على الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر فى حقه درءاً لما يندرىء بالشبهات .

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجانى الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلا ، وإذا ثبت أن الجانى كان يعلم بحرمة الفعل وجب عليه الحد [2] .

الثانى : **الشبهة فى المحل** : ـ ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك وتقوم

---

(١) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى جريمة الزنا فى ثمانية مواضع منها وطء المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة ـ أما بقية المواضع فخاصة بالجوارى ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق .

وبقية الفقهاء يخالفون الحنفيين فى ذلك ولا يرون شبهة فى هذه المواضع الثمانية ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل فى جريمة الزنا ـ راجع شرح الزرقانى ج٨ ص ٧٧ ـ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ ـ وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ـ والمغنى ج ١٠ ص ١٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤٤ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٦ .

هذه الشبهة على الاشتباه فى حكم الشرع بحل المحل ، فيشترط فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، وهى تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ، ولا عبرة بظن الفاعل ، فيستوى أن يعتقد الفاعل الحل أو يعلم الحرمة ، لأن الشبهة ثابتة بقيام الدليل الشرعى لا بالعلم وعدمه .

ويحصر الحنفيون شبهة المحل فى جريمة الزنا فى ستة مواضع أحدها وطء المطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات ، وبقية المواضع خاصة بوطء الجوارى ولا محل للتعرض لها بعد إبطال الرق ، ويعلل الحنفيون قيام الشبهة فى وطء المطلقة بائنا بالكنايات بأن زوال الملك بالإبانة وسائر الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم ، والمعروف عن عمر أنه كان يقول فى الكنايات إنها رواجع ، والطلاق الرجعى لا يزيل الملك ، فاختلافهم أورث شبهة (١) .

والشافعيون والحنابلة من رأى الحنفيين فى وطء المطلقة بائنا بالكنايات . أما المالكيون فيرى بعضهم الرأى السابق بينما يرى البعض الآخر أن لا شبهة فى هذا الوطء (٢) .

قسم ثالث : ويرى أبو حنيفة أن الشبهة تثبت أيضاً بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الفاعل عالما بالتحريم وبالاتفاق عليه كما هو الحال فى نكاح المحارم .

فالشبهة إذن على رأى أبى حنيفة ثلاثة أنواع : شبهة فى الفعل ، وشبهة فى المحل ، وشبهة فى العقد .

ولكن أصحاب أبى حنيفة لا يقولون بشبهة العقد وهم فى ذلك متفقون مع ما يراه جمهور الفقهاء (٣) .

---

(١) نفس المرجعين السابقين .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٥٤ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٥٤ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ .

٤٩٣ - وطء المحارم : - ووطء المحارم زنا يجب فيه الحد ، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقاً ، فإن وطئها فعليه الحد فى قول مالك والشافعى وأحمد والظاهريين والزيديين وفى قول أبى يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة .

ولكن أبا حنيفة نفسه يرى أن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كأمه أو ابنته أو عمته أو خالته فوطئها لم يجب عليه الحد ولو اعترف بأنه يعلم بأنها محرمة عليه و إنما يعاقب على فعله بعقوبة تعزيرية .

ويسقط أبو حنيفة الحد فى هذه الحالة للشبهة ، و بيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذى هو سبب للإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة ، بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات .

ويرد على أبى حنيفة بأن الوطء حدث فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فلا عذر له ويلزمه الحد ، أما العقد فهو باطل ولا أثر له مطلقا فهو كأن لم يوجد وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة [١] .

٤٩٤ - الوطء فى نكاح باطل : - وكل نكاح مجمع على بطلانه - كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثا قبل أن تنكح زوجاً آخر - إذا وطىء فيه فهو زنا موجب للحد ، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له ، و بذلك قال مالك والشافعى وأحمد والظاهريون والزيديون ، وهو ما قال به أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة [٢]

---

(١) يراجع فى كل ما سبق شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ المغنى ج ١٠ ص ١٥٢ - المحلى ج ١١ ص ٢٥٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٦ ، ٧٧ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ ، ٢٤٨ - شرح الأزهار ج ص ٣٤٨ .

ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرأ الحد ، ومن ثم فعقوبة الوطء عنده هي التعزير [١] .

٤٩٥ - الوطء في نكاح مختلف عليه : - ولا يجب الحد في نكاح مختلف على صحته ، كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي أو شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ، لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرأ بالشبهات إلا عند الظاهريين ولذلك فهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد [٢] .

٤٩٦ - الوطء بالإكراه : - ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكرهة على زنا لقوله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [٣] ولقوله ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [٤] ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [٥] ولأن الإكراه يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ومن المتفق عليه أنه لا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها ، وبين الإكراه بالتهديد فقد استكرهت امرأة على عهد الرسول فدرأ عنها الحد [٦] ، وأتي عمر بإماء من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء ، كما جاءته امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٨

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المغني ج ١٠ ص ١٥٥ - المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٣) الأنعام : ١١٥

(٤) البقرة : ١٧٣

(٥) ابن حزم ج ٧ ص ٣٣٤

(٦) رواه الترمذي وراجع التاج ج ٣ ص ٣٦

أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فقال لعلى ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة ، فأعطاها شيئاً وتركها .

وإذا أكره الرجل على الزنا فعليه الحد وهو الرأى المرجوح فى مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن المرأة تكره لأن وظيفتها التمكين أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا الرأى أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد .

والرأى الراجح فى هذه المذاهب جميعاً أنه لا حد على الرجل إذا أكره لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه ، ولأن الانتشار قد يكون طبعا وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخويف ينافى الانتشار غير صحيح ، لأن المكره يخوف عند ترك الفعل لا عند إتيانه ، والفعل فى ذاته لا يخاف منه ، وفضلا عن ذلك فإن الإكراه شبهة ، والحدود تدرأ عندهم بالشبهات[1] .

ويرى الظاهريون أنه لاحد على مكرهة أو مكره ، فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل إحليله فى فرج امرأة فلا شىء عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هى أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلا شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمناء فعل الطبيعة الذى خلقه الله تعالى فى المرء أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك[2] .

وإذا مكنت المرأة مكرها من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زنا ، ولأنها ليست مكرهة ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٦٦ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ـ المهذب ج٢ ص ٢٨٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٣١ .

فإنه أعنى لإكراهه على الفعل ، وليس لها أن تستفيد من ظرف الرجل وهو ظرف خاص به ، وهذا مسلم به فى جميع المذاهب .

٤٩٧ — الخطأ فى الوطء : — الخطأ إما خطأ فى وطء مباح ، وإما خطأ فى وطء محرم .

فالخطأ فى الوطء المباح لا عقوبة عليه لانعدام القصد ولقوله تعالى ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وما تعمدت قلوبكم ﴾ (1) ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ثم هو بعد ذلك شبهة تدرأ الحد عند القائلين بالشبهة ، فمن زفت إليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه باتفاق ، وكذلك الحكم إذا لم يقل له هذه زوجتك ، أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته فوطئها ، أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها ، لا حد عليه فى كل ذلك عند مالك والشافعى وأحمد والظاهريين والزيديين وحجتهم أنه وطء اعتقد الفاعل إباحته بما يعذر مثله فيه ، وأنه أشبه بوطء من زفت إليه غير زوجته .

ولكن أبا حنيفة يرى الحد على من وجد امرأة فى فراشه فوطئها ، لأن المسقط هو شبهة الحل ، ولا شبهة ههنا أصلاً سوى أن وجدها على فراشه ، ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن إليه ؛ هذا لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من صديقاتها وقريباتها ، فلم يستند الظن إلى ما يصلح دليل حل ، وكذلك الحكم إذا كان أعمى ، إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك ، وهذا إذا لم تطل الصحبة وتشابهت النغمات ولم يستطع التمييز .

أما الخطأ فى الوطء المحرم فلا يعفى من العقوبة ، وليس شبهة باتفاق ، فمن دعا محرمة عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد ، فإن دعا

---

(1) الأحزاب : ٥ .

محرمة عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التى دعاها فلا حد عليه ، لانتفاء حرمة الفرج لعينه ، وإن أثم باعتبار ظنه[1] .

٤٩٨ — **الرضاء بالوطء:** — والرضاء بالوطء لايعتبر شبهة باتفاق ، فمن وطىء امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها ، لأن الزنا لايستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ماحرم الله ، فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض .

ولو أن امرأة دلست نفسها أو غيرها لأجنبي فوطئها يظن أنها امرأته فلا حد على الرجل والمرأة الموطوءة زانية ، أما المدلسة فلا تعتبر زانية وعليها التعزير[2] .

٤٩٩ — **الزواج اللاحق :** — والزواج اللاحق بالمزنى بها يعتبر شبهة تدرأ الحد فى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة ، فمن زنا بامرأة ثم تزوجها لايحد طبقاً لهذه الرواية لأن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح فى حق الاستمتاع فحصل الاستيفاء من محل مملوك فيصير شبهة تدرأ الحد .

وفى رواية الحسن ومحمد أن الزواج العارض بعد الزنا لايعتبر شبهة ، لأن الوطء وقع زنا محضاً لمصادفته محلا غير مملوك للواطىء ، ولأن الزواج ليس له أثر رجعى فلا يمتد أثره لوقت الوطء .

والرواية الأخيرة تتفق مع مايراه جمهور الفقهاء ، فهم يرون أن من زنا بامرأة ثم تزوجها فلا أثر لزواجه على الجريمة التى ارتكبها ولا على العقوبة المقررة لها ، لأن الحد قد وجب بالزنا السابق فلا يسقطه الزواج اللاحق[3] .

---

(١) شرح الزرقانى ج٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص١٤٧ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ — المغنى ج ١٠ ص ١٥٥ — المحلى ج ١١ ص ٢٤٦ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨

(٢) شرح الزرقانى ج٨ ص ٨٠ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٦ — المغنى ج١٠ ص١٥٦ المحلى ج ١١ ص٢٤٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص٦٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٩ — المغنى ج ١٠ ص ١٩٤ . المحلى ج ١١ ص٢٥٢ .

٥٠٠ — وطء من وجب عليها القصاص : ومن وجب له القصاص على امرأة فوطئها وجب عليه الحد ، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدرأ الحد ، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها ، فإنه لايبيح له فرجها أو الاستمتاع بها[١] .

٥٠١ — المساحقة : — وتسمى السحق والتدالك ، وهى إتيان المرأة المرأة ، والفعل متفق على تحريمه لقول الله تعالى ﴿والذينَ هُمْ لِفُروجِهِمْ حافِظُون إلاعلى أزواجهمْ أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾[٢] ولما كانت المرأة لاتحل لملك يمينها وكان منهاذا محرم ، فإذا أباحت المرأة فرجها لغير زوجهامن امرأة أو رجل فهى لم تحفظه وهى من العادين.

و يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا الباب قوله «لاينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفض الرجل إلى الرجل فى ثوب واحد ولا تفض المرأة إلى المرأة فى الثوب الواحد »[٣] وهذا النص صريح فى تحريم السحاق لأنه إفضاء المرأة إلى المرأة .

و يستدل البعض بما رواه أبو موسى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان و إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان »[٤] .

ومن المتفق عليه أن لاحد فى الفعل وأن عقوبته التعزير لأنه معصية لاحد فيها ، و إذا كان حديث أبى موسى — على فرض صحته — قد وصف الفعل بأنه زنا فإن ذلك لايلحقه بالزنا المعاقب عليه بالحد ، لأن السحاق مباشرة دون إيلاج

---

(١) المغنى ج١٠ ص١٩٥ .
(٢) المؤمنون : ٥ ، ٦ .
(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦ .
(٤) راجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠ .

والزنا المعاقب عليه بالحد يقتضى الإيلاج ، فكان السحاق مما يجب فيه التعزير لا الحد كما لو باشر الرجل المرأة دون الفرج أى دون إيلاج[1] .

٥٠٢ — **الاستمناء** :ـ واستمناء الرجل بيد امرأة أجنبية لا يعتبر زنا ، وكذلك إدخال الرجل الأجنبى أصبعه فى فرج امرأة ولكن كلا الفعلين معصية فيه التعزير على الرجل والمرأة سواء حدث إنزال أو لم يحدث .

أما استمناء الرجل بيده ويسمى بالخضخضة وجلد عميرة فمختلف فيه. فالمالكيون والشافعيون يحرمونه مستدلين على ذلك بقوله تعالى ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون ، إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾[2] فالرجل المسلم مطالب بحفظ فرجه إلا على اثنين زوجه وملك يمينه ، فإن التمس لفرجه منكحاً سوى زوجته وملك يمينه فهو من العادين أى المجاوزين ماأحل الله لهم إلى ماحرمه عليهم ، وعلى هذا مذهب الزيديين .

ويحرم الحنفيون الاستمناء إذا كان لاستجلاب الشهوة ، أما إذا غلبت الشهوة الرجل ولم يكن له زوجة ولا أمَة فاستمنى بقصد تسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه ، ويجب الاستمناء عندهم إذا خيف الوقوع فى الزنا بدونه

والحنابلة لايرون شيئاً على من استمنى بيده خوفاً من الزنا أو خوفاً على بدنه أى صحته إذا لم يكن له زوجة أو أمة ولم يقدر على الزواج وإلا حرم الاستمناء .

ويرى ابن حزم أن الاستمناء مكروه ولا إثم فيه لأن مس الرجل ذكره بشماله مباح بإجماع الأمة كلها ، فإذا هو مباح فليس هنالك زيادة على المباح

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ شرح فتح القدير ج٤ ص ١٥٠ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٨٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٦٢ ـ المحلى ج ١١ ص ٣٩٠ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ .

(٢) المؤمنون : ٥ ، ٦

إلا التعمد لنزول المنى فليس ذلك حراماً أصلا لقول الله تعالى ﴿ وقد فصل لكم ماحرم عليكم ﴾ وليس هذا مافصل لنا تحريمه فهو حلال لقوله تعالى ﴿ خلق لكم مافى الأرض جميعاً ﴾ .

ويقول ابن حزم إنه يكره الاستمناء لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولامن الفضائل . وروى لنا أن الناس تكلموا فى الاستمناء فكرهته طائفة وأباحته أخرى ، وممن كرهه ابن عمر وعطاء وممن أباحه ابن عباس والحسن وبعض كبار التابعين وقال الحسن كانوا يفعلونه فى المغازى وقال مجاهد كان من مضى يأمرون شبابهم بالاستمناء يستعفون بذلك .

وما قيل فى استمناء الرجل يقال عن المرأة إذا عرضت فرجها شيئاً دون أن تدخله حتى ينزل أو مست فرجها بشمالها حتى ينزل ، والحكم فى ذلك هو حكم الاستمناء فى المذاهب المختلفة[1] .

٥٠٣ — **العجز عن ادعاء الشبهة** : — ويرى أبو حنيفة أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة يعتبر بذاته شبهة دارئة للحد فالزانى الأخرس والزانية الخرساء لايحدان ولو ثبت الزنا ضدهما بشهادة الشهود ، لأنهما يعجزان عن ادعاء الشبهة ، ومن المحتمل أن يدعياها لو استطاعا النطق ، وكذلك الشأن فى المجنون الذى زنا حال إفاقته ، بل يذهب أبو حنيفة إلى أن الأخرس لايحد بإقراره إذا أقر كتابة أو إشارة ، لأن الإقرار المعتبر عنده هو الإقرار بالخطاب والعبارة ، دون الكتابة والإشارة ، فلو كتب الأخرس الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة فإنه لاحد عليه ، لأن الشرع

---

(١) راجع فى كل ماسبق حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٢١٥ — شرح فتح القدير ج٤ ص ١٥٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ — المهذب ج٢ ص ٢٨٦ — الأحكام السلطانية للماوردى ص ٢٠٦ — الإقناع ج٤ ص ٢٧١ — المحلى ج١١ ص ٢٩٣ — شرح الأزهار ج٤ ص ٣٣٦ والجزء الثانى ص ١٩٧ — وراجع أيضاً تفسير ابن كثير ج ٣ ص٢٣٩ — وتفسير المحيط لأبى حيان ج ٦ ص ٣٩٧ — وتفسير الألوسى ج٥ ص ٤٨٦ وتفسير روح البيان ج٤ ص ٦١ — وتفسير القرطبى ج ١٢ ص ١٠٥ — وتفسير الطبرى ج ١٨ ص ٦ .

علق وجوب الحد على البيان المتناهى ، والبيان لايتناهى إلا بالصريح وهو الخطاب والعبارة ، ولا يتناهى بالكتابة والإشارة[(١)] .

ويرى الزيديون مايراه أبو حنيفة من أن الخرس والجنون شبهة تدرأ الحد ولكنهم يرون أن إقرار الأخرس صحيح إذا فهمت إشارته أو كان إقراره كتابة[(٢)]

وعند المالكيين والشافعيين والحنابلة أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة لايعتبر شبهة ، ويقولون بحد الأخرس والمجنون إذا ثبت الزنا بالبينة ، كذلك يقبلون إقرار الأخرس بالكتابة وإقراره بالإشارة كلما أمكن فهم إشارته دون شك فيها[(٣)]

ويرى الظاهريون أنه إذا كانت البينة فلا معنى للإنكار ولا للإقرار[(٤)] . وهم فوق هذا لايعترفون بالشبهة ولا يرون درء الحدود بالشبهات ، ومقتضى هذين المبدأين أن عجز الجانى عن ادعاء الشبهة لاأثر له على الحد .

٥٠٤ — **إنكار أحد الزانيين** : ويرى أبو حنيفة أن إنكار أحد الزانيين يعتبر شبهة إذا أقر الآخر ولم يكن دليل غير الإقرار ، فلا يعاقب المنكر لأنه لادليل عليه إلا إقرار المتهم الآخر والإقرار حجة قاصرة على المقر . ولا يحد المقر لأننا صدقنا المنكر فى إنكاره فصار المقر محكوما بكذبه ، وتعليل ذلك أن الحد انتفى فى حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة الانتفاء فى حق المقر ، إذ الزنا فعل واحد لايقع إلا من شخصين فإن تمكنت فيه الشبهة نفذت إلى طرفيه ، وهذا لأن المقر بالزنا ماأقر بالزنا مطلقاً وإنما أقر بالزنا مع آخر منكر فإذا درأ الشرع عن هذا الآخر عين ماأقر به المقر فيندرىء الفعل عن المقر ضرورة .

ولكن أبا يوسف ومحمد يريان مايراه مالك والشافعى وأحمد والزيديون .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ .
(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ١٥٩ ، ٣٥٠ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٠ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٧١ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٧١
(٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .

من أن المقر يحد بإقراره ، ولا يؤثر على عقوبته إنكار الطرف الآخر ، لأن الإقرار حجة فى حق المقر ، وعدم ثبوت الزنا فى حق المنكر لايورث شبهة العدم فى حق المقر .

أما الظاهريون فعندهم أن إنكار أحد الزانيين لايؤثر على عقوبة المقر ، لأنهم لايسقطون الحد بالشبهة ، ولأن القاعدة عندهم أن من أقر إقراراً تاماً بحق فى مال أو دم أو بشرة ، وكان عاقلا بالغاً غير مكره ولم يصل إقراره بما يفسده ، فقد لزمه إقراره ولا رجوع له بعد ذلك ، فإن رجع لم ينتفع برجوعه ، وقد لزمه ما أقر به على نفسه من دم أو حد أو مال(١)

٥٠٥ — **ادعاء أحد الطرفين الزوجية** : وإذا أقر أحد الطرفين بالزنا فادعى الطرف الآخر الزوجية ، فيرى أبو حنيفة وأحمد أن لايحد منهما لأن دعوى النكاح تحتمل الصدق ، وبتقدير صدق مدعى النكاح منهما يكون ادعاء النكاح شبهة ، ويسقط الحد لاحتمال صدق دعوى النكاح .

ويرى مالك والشافعى حد المقر مالم يثبت قيام الزوجية ، وأصول الظاهريين والزيديين تقتضى الأخذ بهذا الرأى(٢)

وإذا ضبط شخص يطأ امرأة فادعى الرجل والمرأة الزوجية فالقول قولهما على مايرى جمهور الفقهاء مالم يشهد الشهود بزناهما ، إلا أن مالكا يوجب عليهما أن يثبتا الزوجية .

فإذا شهد الشهود بزناهم فلا يسقط ادعاء الزوجية الحد إلا إذا أقاما البينة

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص٣٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٥٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ — المحلى ج ٨ ص ٥٢٠ وج ١١ ص ١٥٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ — المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ — المدونة ج ١٦ ص٣ ، ٤١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

على النكاح ، لأن الشهادة بالزنا تنفى كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ، ويرى البعض إسقاط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة[١] .

ويرى ابن حزم التفريق بين ما إذا كانا غريبين أو معروفين ، فإن كانا غريبين أولا يعرفان فلاشىء عليهما ، ولا يعرض لهما ولو قامت البينة على الوطء، ولا يكلفان إقامة البينة على النكاح . وإن كانت المرأة معروفة ومعروف أن لا زوج لها فإن أمكن مايقول الواطىء فلا شىء عليهما ، لأن أصل دمائهما وأبشارهما على التحريم يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وابشاركم عليكم حرام[٢] » فلا يجوز إباحة ماحرم الله إلا بتعيين لاشك فيه ، وإن كان كذبهما متيقناً فالحد واجب عليهما[٣] .

٥٠٦ — بقاء البكارة : وعدم زوال البكارة يعتبر شبهة فى حق المشهود عليها بالزنا عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، فإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا ، وشهد ثقات من النساء بأنها عذراء فلا حد عليها للشبهة ولا حد على الشهود .

ولكن مالكا يرى الحد على المرأة ، لأن المثبت مقدم عنده عن النافى ولأن من المحتمل أن يحصل الوطء دون أن يترتب عليه إزالة البكارة ، ولزفر صاحب أبى حنيفة رأى مماثل ، هو أيضاً رأى الظاهريين ، ولكن ابن حزم الظاهرى يرى أن الحكم يختلف بحسب مايقرر النساء على ضعه عذرتها ، فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفة ولابد وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا ، فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة فى داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٥٨ — المغنى ج ١٠ ص ١٦٢

(٢) رواه البخارى ومسلم وغيرهما .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ .

بإيلاج الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها ، لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم[١]

وسواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإيلاج يزيل البكارة فإنه يبقى بعد ذلك أن الفعل الذى شهد عليه الشهود معصية يجب فيها التعزير .

الركن الثانى

تعمـــد الوطء

٥٠٧ — يشترط فى جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزانى أو الزانية نية العمد أو القصد الجنائى ، ويعتبر القصد الجنائى متوفراً إذا ارتكب الزانى الفعل وهو عالم أنه يطأ امرأة محرمة عليه أو إذا مكنت الزانية من نفسها وهى تعلم أن من يطأها محرم عليها .

فإن أتى أحدهما الفعل متعمداً وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه ، كمن زفت إليه غير زوجته فوطئها على أنها زوجته ، أو كمن زفت إلى غير زوجها فمكنته معتقدة على أنه زوجها ، وكمن وجد فى فراشه امرأة فوطئها معتقداً أنها زوجته ، أو كمن وجدت فى فراشها رجلا فمكنته معتقدة أنه زوجها . وكمن تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير فلا مسؤولية على الزوج الأخير مادام لا يعلم بالزواج الأول ، وكمن مكنت مطلقها طلاقا بائنا وهى لا تعلم أنه طلقها

ويشترط أن يعاصر القصد الجنائى إتيان الفعل المحرم ، فمن قصد أن يزنى بامرأة ثم تصادف أن وجدها فى فراشه فأتاها على أنها امرأته لا يعتبر زانيا لانعدام القصد الجنائى وقت الفعل كذلك لو قصد إتيان امرأة أجنبية فأخطأها وأتى امرأته فإنه لا يعتبر زانياً ولو كان يعتقد أنه يأتى الأجنبية لأن الوطء الذى حدث غير محرم .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج فى دار الإسلام بجهل الأحكام[٢]

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — المغنى ج ١٠ ص ١٨٩ — المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠

(٢) راجع مبحث « أثر الجهل على المسؤولية » فى الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائى ص ٤٣٠ وما بعدها .

فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل تحريم الزنا ، وبالتالى انعدام القصد الجنائى ، ولكن الفقهاء يبيحون استثناء الاحتجاج بجهل الأحكام بمن لم تيسر له ظروفه العلم بالأحكام كمسلم قريب عهد بالإسلام لم ينشأ فى دار الإسلام وتحتمل ظروفه أن يجهل التحريم ، أو كمجنون أفاق وزنا قبل أن يعلم بتحريم الزنا ففى هاتين الحالتين وأمثالها يكون الجهل بالأحكام علة لانعدام القصد الجنائى[1] .

وإذا ادعى الجانى الجهل بفساد نوع من أنواع النكاح أو ببطلانه مما يعتبر الوطء فيه زنا ، فيرى البعض أن لا يقبل احتجاجه بجهل الحكم ، لأن فتح هذا الباب يؤدى إلى إسقاط الحد ، ولأن المفروض فى كل فرد أن يعلم ماحرم عليه ويرى البعض قبول الاحتجاج لأن معرفة الحكم تحتاج لفقه وتخفى على غير أهل العلم ، وأصحاب هذا الرأى الأخير يجعلون الجهل بالحكم شبهة تدرأ الحد عن الجانى ولاتعفيه من عقوبة التعزير ، ومما يؤثر من قضاء الصحابة فى هذا الباب أن امرأة تزوجت فى عدتها فى عهد عمر رضى الله عنه فلما عرض عليه الأمر قال هل علمتما ؟ فقالا : لا . فقال لو علمتما لرجمتكما ، فجلدهما أسواطاً ثم فرق بينهما . وأتت امرأة إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه فقالت إن زوجى زنا بجاريتى . فقال الزوج صدقت هى ومالها لى حل ، فدرأ على عن الرجل الحد بادعاء الجهالة[2]

ويلاحظ أن هناك فرقاً بين قبول الاحتجاج بجهل تحريم الزنا وقبول الاحتجاج بجهل فساد النكاح أو بطلانه ، فقبول الاحتجاج الأول يؤدى إلى إعفاء الجانى من العقوبة على أساس انعدام قصده الجنائى ، وقبول الاحتجاج الثانى عند من يقبله لايعدم القصد الجنائى وإنما يقوم الاحتجاج شبهة تؤدى إلى درء الحد ولاتمنع من عقوبة التعزير .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ - المهذب ج ٢ ص ٣٨٤ - المغنى ج ١٠ ص١٥٦ - المحلى ج ١١ ص ١٧٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص٣٤٨

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ - المهذب ج٢ ص ٢٨٥ - المغنى ج١٠ ص١٥٦ المحلى ج ١١ ص ١٨٨ .

الفصل الثانى

فى عقوبة الزنا

٥٠٨ - التطور التشريعى لعقوبة الزنا : — كانت عقوبة الزنا فى صدر الإسلام الحبس فى البيوت ، والإيذاء بالتعيير أو الضرب ، والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيما ﴾ [١] .

وقد اختلف الفقهاء فى تفسير هذين النصين ، فرأى البعض أن النص الأول جاء بحكم النساء فقط وليس فيه حكم الرجال ، وأن النص الثانى عطف على النص الأول عطفاً متصلا بقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ فكان هذا حكما زائداً للرجال مضافاً إلى ماقبله من حكم النساء ، وعلى هذا فحكم النساء الزوانى كان الحبس فى البيوت حتى يمتن أو يجعل الله لهن سبيلا بحكم آخر ، وحكم الرجال الزناة كان الأذى [٢]

ورأى البعض أن النص الأول مبين لعقوبة الثيب ، وأن النص الثانى يبين عقوبة البكر وحجتهم أن المراد بقوله تعالى ﴿ من نسائكم ﴾ الثيب ، لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ولا فائدة نعلمها فى إضافته ههنا إلا اعتبار الثيوبة ، كذلك فإن النصين قد جاءا بعقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد [٣]

---

(١) النساء : ١٥ ، ١٦ .   (٢) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ ومابعدها .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١١٩ .

وهناك فريق ثالث رأى أن النص الثانى وهو قوله ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ ناسخ لقوله تعالى ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ والقائلون بهذا الرأى يحملون قوله عز وجل ﴿ واللذان يأتيانها منكم ﴾ على أن المراد به الزانى والزانية[1] .

ومن المتفق عليه أن هذين النصين نسخا بقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾[2] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة »[3] .

وقد استقر الحكم بعد ذلك على جلد غير المحصن وتغريبه ـ مع خلاف فى التغريب ـ وعلى رجم المحصن دون جلده مع خلاف فى الجلد ، وسنتعرض لهذه الخلافات فيما بعد .

وعقوبة الرجم مسلم بها من جميع المسلمين ، ولا ينكرها إلا طائفة الأزارقة من الخوارج ، لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن فى حد التواتر ، على أن الرجم ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقول والفعل :

فأما قوله فهو : أ ـ ماذكرنا « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا .. الخ »

ب ـ مارواه أبو هريرة وزيد بن خالد قالا : « إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قل ، قال إن ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٢٩ (٢) النور : ٢
(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

صلى الله عليه وسلم ، والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغدُ يا أنيس ـ لرجل من أسلم ـ إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، قال فغدا عليها فاعترفت بأمرها فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت[١] » .

حـ ـ ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لايحل دم امرىء مسلم يشهد ألا إله إلا الله و إنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس ، والثيب الزانى ، والمفارق لدينه التارك للجماعة[٢] » .

وأما فعله فقد أمر صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية كما أمر برجم يهوديين زنيا وذلك كله ثابت مما روى عنه صلى الله عليه وسلم :

أ ـ فقد روى أبو هريرة قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فناداه فقال يارسول الله إنى زنيت فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال فهل أحصنتَ ؟ قال : نعم . فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه قال ابن شهاب فأخبرنى من سمع من جابر بن عبد الله ، قال : كنت فيمن رجمه ، فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمناه[٣] »

ب ـ وروى سليمان ابن بريدة عن أبيه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت : يارسول الله طهرنى ، فقال ويحك ارجعى فاستغفرى الله وتوبى إليه ، فقالت : أراك تريد أن تردنى كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وماذا ذاك ؟ قالت إنها حبلى من الزنا ، قال : أنت ؟ قالت نعم ، فقال لها حتى تضعى مافى بطنك ، قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : إذن لانرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : إلى رضاعه يانبى الله ، قال فرجمها[٤] » .

---

(١) رواه الجماعة (٢) رواه الجماعة (٣) متفق عليه

(٤) رواه مسلم والدارقطنى

حـ ـ وروى ابن عمر أن اليهود أتوا النبى صلى الله عليه وآله وسلم برجل وامرأة منهم قد زنيا ، فقال : ما تجدون فى كتابكم ، فقالوا نسخم وجوههما ويخزيان ، قال كذبتم إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فاتلوها إن كنتم صادقين فجاءوا بالتوراة وجاءوا بقارئ لهم ، فقرأ حتى إذا انتهى إلى موضع وضع يده عليه ، فقيل له ارفع يدك ، فرفع يده فإذا هى تلوح ، فقال أو قالوا : يا محمد فيها الرجم ولكننا كنا نتكاتمه فيما بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرجما ، قال : فلقد رأيته يجنأ عليها يقيها الحجارة بنفسه »[1] .

وإذا كان الشارع قد فرق فى العقوبة بين المحصن وغير المحصن ، فذلك لأن المحصن إذا زنا بعد أن توفرت مواقع الزنا لديه كان زناه فى غاية القبح ، ووجب أن تكون عقوبته فى غاية الشدة .

ونخلص مما سبق إلى أن عقوبة الزنا نوعان (١) عقوبة البكر (٢) عقوبة المحصن

المبحث الأول
فى عقوبة البكر

٥٠٩ ـ عقاب البكر الزانى : ـ إذا زنا البكر سواء كان رجلا أو امرأة عوقب بعقوبتين : أولاهما الجلد ، والثانية التغريب ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[2] .

ويلاحظ أن الشريعة تفرق بين عقوبة الأحرار وعقوبة الأرقاء فى الزنا ، فتخفف عقوبة الرقيق وتشدد عقوبة الحر ، مراعية فى ذلك ظروف كل منهما ، ولكننا لن نتعرض هنا إلا للعقوبة المقررة للأحرار ناظرين فى ذلك إلى أن الرق ألغى فى كل أنحاء العالم ، وأن لا حاجة تدعو إلى بيان عقوبة الرقيق

٥١٠ ـ أولا ـ عقوبة الجلد : ـ إذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة

---

(١) الحديث متفق عليه (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى .

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[(١)] ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[(٢)].

وعقوبة الجلد حدّ ، أى عقوبة مقدرة ، فليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها لأى سبب من الأسباب ، أو ظرف من الظروف ، وليس له أن يوقف تنفيذها أو أن يستبدل بها غيرها ، كما أن ولى الأمر لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يملك العفو عنها كلها أو بعضها .

وسنتكلم عن طريقة الجلد وشروطه عند الكلام على تنفيذ العقوبة .

٥١١ – ثانيا – التغريب : إذا زنا البكر جلد مائة جلدة وغرب عاماً والتغريب هو العقوبة الثانية للزانى ، ولكن الفقهاء يختلفون فى وجوبها

فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن التغريب ليس واجباً ، ولكنهم يجيزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب إن رأى فى ذلك مصلحة ، فعقوبة التغريب عندهم ليست حداً كالجلد وإنما هى عقوبة تعزيرية ، ومن هذا الرأى الشيعة الزيدية[(٣)]

ويرى مالك والشافعى وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب ، ويعتبرون التغريب حدا كالجلد وحجتهم حديث الرسول « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وماروى عن عمر وعلى أنهما جلدا وغربا ولم ينكر عليهما أحد من الصحابة فصار عملهما إجماعاً[(٤)] .

ومن هذا الرأى الظاهريون فإنهم يرون التغريب حداً ثابتاً بصريح النص[(٥)]

٥١٢ – تغريب المرأة : ويرى مالك أن التغريب جعل للرجل دون المرأة ، لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأن الأمر لا يخلو إن غربت أن تغرب ومعها محرم

---

(١) النور : ٢ (٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٩ – شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٦ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤١

(٤) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٣ – المهذب جـ ٢ ص ٢٨٤ – المغنى جـ ١٠ ص ١٣٣

(٥) المحلى جـ ١١ ص ١٨٣ – ١٨٨

أو أن تغرب دون محرم . والأصل أنه لايجوز أن تغرب دون محرم ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور ، وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ، ونفي من لاذنب له ، وإن كلفت بحمل أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد به الشرع ، وبما لا يمكن أن يحدث مثله للرجل .

ولهذا يخصص المالكيون الخبر الوارد في التغريب ، ويجعلونه في حق الرجل دون المرأة ، إذ يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه ، ووجوب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفضلا عما سبق فإن العمل بعموم النص يؤدي إلى فوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا ، وفي تغريبها إغراء به وتمكين منه[1] .

ويرى الشافعي وأحمد والظاهريون أن التغريب عقوبة واجبة على كل من الرجل والمرأة[2] .

٥١٣ - ماهية التغريب : - اختلف الفقهاء في ماهية التغريب ، فقال مالك وأبو حنيفة إن التغريب معناه الحبس ، فيحبس المغرب في البلد الذي يغرب إليه مدة لاتزيد على سنة فالتغريب عند المالكيين والحنفيين معناه الحبس في بلد غير البلد الذي وقعت فيه الجريمة ، ومن هذا الرأي الزيديون[3] .

ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر ، على أن يراقب المغرب بحيث يحفظ بالمراقبة في البلد الذي غرب إليه ، ولايحبس فيه ، فالتغريب عند الشافعيين والحنابلة هو الوضع تحت المراقبة

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٣ - المغني ج ١٠ ص ١٣٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغني ج ١٠ ص ١٣٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٣٢

(٣) شرح الزرقاني ج٨ ص ٨٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٣ شرح الأزهار ج ٤ .

فى بلد آخر[١] ومن هذا الرأى الظاهريون[٢] .

ويشترط بعض الفقهاء فى التغريب أن يكون لمسافة لاتقل عن مسافة القصر[٣] . ويرى البعض أن يكون النفى من عمل الحاكم إلى عمل غيره دون التقيد بمسافة معينة ، فلو نفى إلى قرية تبعد عن عمل الحادث ميلا لكفى ، كما يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر لأن النفى ورد مطلقاً فيتناول أقل مايقع عليه الاسم[٤] .

والمقصود من المراقبة أن يمنع الزانى من العودة إلى بلده قبل انتهاء المدة ، أو إلى مادون مسافة القصر على رأى البعض ، ويرى البعض أن المراقبة مقصود بها إلزام المغرب بالإقامة فى البلد المغرب إليه ، فلا يمكن من الضرب فى الأرض[٥] .

وإذا كانت القاعدة عند الشافعيين أن التغريب معناه النفى إلا أنهم يجيزون حبس المغرب إذا خيف رجوعه إلى البلد الذى غرب منه[٦] .

ويرى الشافعيون إعادة تغريب المغرب إذا رجع إلى البلد الذى غرب منه ، على أن تستأنف المدة من جديد ليتوالى الإيحاش وحتى لاتفرق السنة[٧] أما الحنابلة فيرون إعادة التغريب فى حالة الرجوع عن أن يبنى على مدة التغريب السابقة بحيث يعاد تغريبه ليكمل مابقى من الحول لايبدأ حولا جديداً[٨] .

وإذا زنا المغرب فى البلد الذى غرب إليه جلد ، وغرب إلى بلد آخر ، ودخلت المدة الباقية من التغريب الأول فى مدة التغريب الثانية لتجانس الحدين . وهذا متفق عليه فى مذهب مالك والشافعى وأحمد ، ولكن الظاهريين يرون أن

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ – المغنى ج ١٠ ص ١٣٦ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢

(٣) مسافة القصر مختلف عليها فذهب مالك والشافعى وأحمد وآخرون إلى أن الصلاة تقصر فى أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط وقال أبو حنيفة والكوفيون أقل ماتقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وقال الظاهريون إن المسافة ميل فأكثر – بداية المجتهد ج ١ ص ١٣١ المحلى ج ٥ ص ١ وما بعدها .

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ – المهذب ج ٢ ص ٢٨٨ – المغنى ج ١٠ ص ١٣٦

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠

(٧) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ (٨) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢

تستتم مدة التغريب الأولى ثم تبدأ فى الثانية[١] لأن القاعدة عندهم أن ماوجب من حد لايجزى عنه حد آخر .

وإذا زنا الغريب غرب إلى غير بلده ، وإذا زنا فى البلد الذى غرب إليه غرب إلى بلد آخر غير الذى غرب منه ، ويرى بعض المالكيين أن سجن الغريب فى البلدة التى زنا فيها يعتبر تغريباً له ولكن الشافعيين والحنابلة يشترطون أن يغرب عنها[٢] .

المبحث الثانى

فى عقوبة المحصن

٥١٤ - تشديد عقوبة المحصن : - فرقت الشريعة بين المحصن والبكر فى عقوبة الزنا ، وخففت عقوبة البكر وشددت عقوبة المحصن ، وجعلت عقوبة البكر الجلد والتغريب وعقوبة المحصن الجلد والرجم ، ومعنى الرجم القتل رمياً بالحجارة وما أشبهه

وعلة التخفيف على البكر هى علة التشديد على المحصن ، فالشريعة الإسلامية تقوم على الفضيلة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وتوجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، كما توجب عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لايعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوة فعقابه أن يجلد مائة جلدة ويغرب سنة ، وشفيعه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيره فى الزواج الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن ثم أتى الجريمة فعقوبته الجلد والرجم ، لأن الإحصان يسد الباب على الجريمة ولأن الشريعة لم تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لايقع

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٢ - المحلى ج ١١ ص ١٣٤

(٢) المراجع السابقة .

فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت ، وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن أبواب الحلال ، وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المعاذير التى تدعو لتخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بعقوبة الاستئصال التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

٥١٥ ـ الرجم : فأما الرجم فعقوبة معترف بها من جميع الفقهاء إلا طائفة الأزارقة من الخوارج لأنهم لا يقبلون الأخبار إذا لم تكن فى حد التواتر ، وعندهم أن عقوبة المحصن وغير المحصن هى الجلد مستندين لقوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

والرجم هو قتل الزانى رمياً بالحجارة وما أشبهها .

والأصل فى الرجم كما بينا [١] هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله فالرجم إذاً سنة قولية وسنة فعلية فى وقت واحد .

٥١٦ ـ الجلد : ـ والجلد هى العقوبة الثانية للزانى المحصن طبقاً للنصوص « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » [٢] .

لكن الفقهاء يختلفون على ما إذا كانت عقوبة المحصن هى الرجم وحده ، أو هى الرجم والجلد معاً .

وحجة القائلين بالجلد مع الرجم أن القرآن جعل الجلد عقوبة أساسية للزنا ، وذلك قوله تعالى ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [٣] ثم جاءت السنة بالرجم فى حق الثيب ، والتغريب فى حق البكر فوجب الجمع

---

(١) تراجع الفقرة ٥٠٨ وما كتبناه عن التطور التشريعى لعقوبة الزنا .

(٢) رواه مسلم وأبو داود والترمذى (٣) النور: ٢

بينهما ، وقد فعل ذلك على بن أبى طالب حيث جلد شراحة يوم الخميس، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديث الرسول صريح فى الجمع بين الجلد والرجم « والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، وإذا كان نص الحديث قد جعل للبكر عقوبتين الجلد والتغريب ، وجعل للمحصن عقوبتين الجلد والرجم وقد سلمنا بعقوبتى البكر ، فقد وجب التسليم بعقوبتى الثيب ، فيجلد أولا ثم يرجم ثانيا . وبهذا الرأى قال بعض الفقهاء ، منهم الحسن وإسحق وابن المنذر وعليه مذهب الظاهريين ، والشيعة الزيدية ، وهو رواية فى مذهب أحمد[1]

وحجة القائلين بأن العقوبة هى الرجم دون الجلد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية ورجم يهوديين . ولم يرد عنه أنه جلد واحداً منهم وأن الرسول فى حادث العسيف قال «أغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[2] ولم يأمر بجلدها . وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله فوجب تقديمه . هذا من جهة النصوص . أما من جهة المعنى فإن القاعدة العامة أن الحد الأصغر ينطوى فى الحد الأكبر . لأن الحد إنما وضع للزجر . ولا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وأصحاب هذا الرأى هم جمهور الفقهاء . وهم يسلمون بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ولكنهم يعتبرون الجلد منسوخاً أو داخلا فى الرجم ، ومن أصحاب هذا الرأى مالك وأبو حنيفة والشافعى وهو رواية عن أحمد[3].

وهناك رأى ثالث يرى أصحابه أن الثيب إن كان شيخاً جلد ورجم فإن كان شابا رجم ولم يجلد لما روى عن أبى ذر قال « الشيخان يجلدان ويرجمان ، والثيبان يرجمان والبكران يجلدان وينفيان[4] » وعن أبى ابن كعب ومسروق مثل

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٤ ـ المحلى جـ ١١ ص ٢٣٣ وما بعدها ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٤٤ (٢) رواه الجماعة .

(٣) بداية المجتهد جـ٢ ص٣٦٣ ـ شرح الزرقانى جـ٨ ص ٨٢ ـ شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٣٣ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٥

(٤) المحلى جـ ١١ ص ٢٣٤

هذا[١] . ولعل أساس هذا الرأى أن زنا الشيخ مذموم ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : شيخ زان وملك كذاب وعامل مستكبر »[٢] .

٥١٧ - حالات مختلف على عقوبتها : وهناك حالات بعينها مختلف على العقوبة الواجبة فيها ، ويرجع هذا إما إلى الاختلاف على تكييف هذه الحالات وإما إلى الاختلاف على النصوص التى تحكمها ، وسنتكلم على هذه الحالات فيما يلى :

٥١٨ - حالة اللواط : يترتب على اعتبار اللواط زنا أن يعاقب عليه بعقوبة الزنا ، ولكن القائلين باعتبار اللواط زنا اختلفوا فى عقوبته :

فقال مالك : إن عقوبة اللواط الرجم مطلقاً سواء كان الفاعل والمفعول به محصنين أو غير محصنين[٣] .

وفى مذهب الشافعى وأحمد ثلاثة آراء[٤] :

أولها : أن اللواط حكمه حكم الزنا ، فيعاقب اللائط والملوط به بعقوبة الزنا ، فمن كان محصناً رجم ومن لم يكن محصناً جلد وغرب وحجة أصحاب هذا الرأى مارواه أبو موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان »[٥] ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب .

وثانيها : أن اللائط هو الذى يرجم أما الملوط به فلا يرجم وإنما يجلد ويغرب فى كل الأحوال سواء كان ذكراً أو أنثى محصناً أو غير محصن لأن الإحصان

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٣٤ (٢) رواه مسلم والنسائى .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ - المهذب ج ٣ ص ٢٨٥ - المغنى ج ١٠ ص ١٦١ - الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣

(٥) أخرجه البيهقى وأبو داود والطيالسى وراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٠

جعل للقبل وهو يؤتى فى الدبر ولا يتصور فى الدبر إحصان . وعلى هذا فالملوط به إذا اعتبر فعله زنا فهو زنا من غير محصن ما دام الإحصان لم يجعل للدبر .

وثالثها : أن عقوبة اللائط والملوط به القتل فى كل حال ، أى سواء كان محصناً أو غير محصن . وفى قتله رأيان : رأى يرى القتل رجما . ورأى يرى القتل بالسيف . وحجة القائلين بالقتل مارواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »[1] وقد كان إطلاق القتل فى الحديث حجة لمن قال بأن القتل يكون بالسيف فى كل حال . وفسر آخرون القتل بالرجم لأنه وطء يجب به الحد . فكان القتل بالرجم كما هو الحال فى الزنا .

ويرى أبو حنيفة أن اللواط ليس زنا فلا يعاقب عليه بعقوبة الزنا وإنما يعاقب عليه بعقوبة تعزيرية . ولامانع عند أبى حنيفة من أن يحبس حتى يموت أو يتوب . وإذا اعتاد اللواط يقتل سياسة لا حداً ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان اللواط زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا فيجلد من لم يحصن ويرجم المحصن[2] .

وفى مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أحدهما أن حكم اللواط هو حكم الزنا . فيرجم المحصن . ويجلد من لم يحصن . والثانى أن يقتل الفاعل والمفعول به فى كل حال[3] .

أما الظاهريون فيرون اللواط شيئاً آخر غير الزنا فهو معصية يعزر عليها[4] .

٥١٩ ـ حالة وطء المحارم : يرى جمهور الفقهاء أن من وطىء محرماً عوقب بعقوبة الزانى فيرجم المحصن ويجلد غير المحصن ويغرب . ولكن بعضهم يرى ـ وهو رأى لأحمد ـ[5] أن من وطىء ذات محرم حده القتل فى كل حال

---

(١) رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦ (٤) المحلى ج ١١ ص ٢٨٥
(٥) المغنى ج ١٠ ص ١٥٣ .

لما رواه البراء قال : « لقيت عمى ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل ينكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله »[١] ولما رواه الجورجانى وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من وقع على ذات محرم فاقتلوه »[٢] .

ويرى الظاهريون أن من وقع على امرأة أبيه بعقد أو بغير عقد فإنه يقتل محصناً كان أو غير محصن ، ويخمس ماله . وسواء كانت أمه أو غير أمه . دخل بها أبوه أو لم يدخل . وأما من وقع على غير امرأة أبيه من سائر ذوات محارمه بصهر أو رضاع فهو زان وعليه حد الزنا فقط[٣] وعلة ذلك أن امرأة الأب ورد فيها نص صريح هو حديث البراء . أما من عداها من المحارم فلم يصح فى شأنهن نص خاص . فمن وقع على واحدة منهن كان زانياً طبقاً للنصوص العامة.

٥٢٠ ـ حالة وطء البهائم : لايعتبر وطء البهائم والحيوانات على العموم زنا عند مالك وأبى حنيفة والظاهريين . وإنما هو معصية فيها التعزير . وكذلك الحكم فى تمكين المرأة حيواناً من نفسها . وعلى هذا الرأى الراجح فى مذهب الشافعى وأحمد[٤] .

أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى وأحمد فيرى أصحابه أن الفعل يعتبر زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل فى كل الأحوال[٥] لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة[٦] » .

وبعض الشافعيين يعتبر الفعل زنا قياساً على إتيان الرجل المرأة . ويجعلون

---

(١) رواه الخمسة (نيل الأوطار ج ٧ ، ص ٢٨)
(٢) راجع نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣١
(٣) المحلى جـ ١١ ص ٢٥٦
(٤) شرح الزرقانى ج٨ص ٧٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ـ المحلى ج ١١ ص ٣٨٦ ، ٣٨٨.
(٥) المغنى جـ ١٠ ص ١٦٣ ـ نهاية المحتاج ج ٧ص ٤٠٥ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦
(٦) رواه أحمد وأبو داود والترمذى .

عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب[١] وهذا الذى يراه بعض الشافعيين هو الرأى الراجح فى مذهب الشيعة الزيدية . وإن كان بعضهم يرى مايراه مالك وأبو حنيفة[٢] .

ويرى الشافعيون والحنابلة أن المرأة التى تمكن من نفسها حيوانا عليها ماعلى واطىء البهيمة[٣] وإن كان بعض الشافعيين يصرحون بأنه ليس على المرأة إلا التعزير[٤] .

المبحث الثالث

فى الإحصان

٥٢١ — الإحصان شرط الرجم : رأينا فيما سبق أن الشريعة الإسلامية تفرق فى العقوبة بين المحصن وغير المحصن ، وتعاقب الأول بالرجم دون الثانى ، ومعنى هذا أن الشريعة تجعل الإحصان شرطاً للرجم ، فإذا انعدم الإحصان امتنع الرجم .

وإذا كان الإحصان شرطاً فى الرجم ، فإن الإحصان فى نفس الوقت مجموعة شروط تكون هيئة واحدة أو مجموعة أجزاء لعلة واحدة ، وكل واحد من هذه المجموعة يعتبر بذاته شرطاً أو علة لوجوب الرجم .

٥٢٢ — معنى الإحصان . الإحصان لغة : معناه الدخول فى الحصن أو المنع قال تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ و يقال أحصن إذا دخل فى الحصن .

وللاحصان فى القرآن أكثر من معنى فقد جاء بمعنى التزويج فى قوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم[٥] ﴾ وجاء بمعنى الحرية فى

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ . (٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٦
(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦
(٤) نهاية المحتاج ج ٤ ص ٤٠٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦
(٥) النساء : ٢٤

قوله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ماملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات[1] ﴾ وجاء بمعنى العفة فى قوله تعالى ﴿ ومريم ابنة عمران التى أحصنت فرجها[2] ﴾ وقوله ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم[3] ﴾ وجاء بمعنى الإسلام والزواج فى قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ماعلى المحصنات[4] ﴾ وجاء بمعنى الحرية والبلوغ والعفة فى قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة[5] ﴾ .

٥٢٣ — أنواع الإحصان : الإحصان فى الجرائم على نوعين : إحصان الرجم ، وإحصان القذف ، وسنتكلم هنا على إحصان الرجم ، أما إحصان القذف فمحل الكلام عليه جريمة القذف .

وإحصان الرجم شرعاً:هو عبارةعن اجتماع صفات اعتبرها الشارع لوجوب الرجم ، أو هو مجموعة من الشروط إذا توفرت فى الزانى كان عقابه الرجم بدلا من الجلد .

٥٢٤ ـ شروط الإحصان : اتفق الفقهاء على بعض شروط الإحصان فى جريمة الزنا ، واختلفوا على البعض الآخر ، وسنبين فيما يلى شروط الإحصان سواء منها مااتفق عليه وما اختلف فيه :

أولا — الوطء فى نكاح صحيح : يشترط لقيام الإحصان أن يكون هناك وطء فى نكاح صحيح ، وأن يكون الوطء فى القبل لقوله عليه السلام « والثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيابة تحصل بالوطء فى القبل[6] .

(١) النساء : ٢٥ (٢) التحريم : ١٢
(٣) المائدة : ٥ (٤) النساء : ٢٥
(٥) النور : ٤
(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٦ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٦٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

ولا خلاف فى أن عقد النكاح الخالى من الوطء لايحصل به إحصان ، ولو حصلت فيه خلوة صحيحة[١] أو وطء فيما دون الفرج ، أو وطء فى الدبر ، لأن كل هذا لاتعتبر به المرأة ثيباً ولا تخرج عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام .

والوطء الذى يؤدى إلى الثيابة هو الإيلاج فى القبل على وجه يوجب الغسل ، أو هو تغييب الحشفة أو مثلها فى القبل سواء أنزل أو لم ينزل ، ولا يكفى مثل هذا الوطء وحده لوجود الإحصان بل يجب أن يكون الوطء فى نكاح ، لأن النكاح هو الإحصان لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء ﴾ يعنى المتزوجات ، فإن كان الوطء فى غير نكاح كالزنا ووطء الشبهة فلايصير به الواطىء محصناً دون خلاف .

و يشترط فى النكاح أن يكون صحيحاً ، فإن كان فاسداً فإن الوطء فيه لايحصن كما يرى جمهور الفقهاء[٢] .

و يشترط إذا كان الوطء فى نكاح صحيح أن لا يكون وطئاً محرماً كالوطء فى الحيض أو الإحرام ، فإن الوطء الذى يحرمه الشارع لايحصن ولو كان فى نكاح صحيح[٣] .

ثانيا — **البلوغ والعقل** : وهما شرطا الأهلية للعقوبة ، كما أنهما لازمان فى كل جريمة ، ويجب توفرهما فى المحصن وغير المحصن وقت ارتكاب الجريمة طبقاً للقواعد العامة ، إلا أنهما اشترطا أيضاً فى الإحصان لأن اشتراطهما وقت ارتكاب الجريمة لايغنى عن اشتراطهما فى الإحصان ، فيشترط إذن أن يكون

---

(١) يرى الهادى من فقهاء الزيدية اعتبار الإحصان بالخلوة ، ولكنهم يتأولون رأيه ويقولون إنه أراد الخلوة مع الدخول — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٢

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٢٦ — الإقناع ج ٤ ص ٣٥٠ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢

الوطء الذى يحصن حاصلا من بالغ عاقل ، فإذا حصل الوطء من صبى أو مجنون ثم بلغ وعقل بعد الوطء لم يكن بالوطء السابق محصناً ، وإذا زنا عوقب على أنه غير محصن(١) .

على أن بعض أصحاب الشافعى يرون – ورأيهم هو المرجوح فى المذهب – أن الواطىء يصير محصناً بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون ، فلو بلغ أو أفاق فزنا رجم دون حاجة إلى حصول وطء جديد بعد البلوغ والإفاقة ، وحجتهم أن الوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون وطء مباح ، فيجب أن يثبت به الإحصان لأنه إذا صح النكاح قبل البلوغ وأثناء الجنون فإن الوطء يصح تبعا له .

ويرد على ذلك بأن الرجم عقوبة الثيب ولو اعتبرت الثيوبة حاصلة بالوطء قبل البلوغ وأثناء الجنون لوجب رجم الصغير والمجنون ، وهذا ما لا يقول به أحد ، كذلك فإن هناك فرقاً بين الإحصان والإحلال ، وكل إحلال لا يترتب عليه إحصان ، كما أن الإحصان شرط عقوبة الرجم ولو كان الإحلال يقوم مقام الإحصان لما كان ثمة مايدعو لاشتراط الإحصان(٢) .

ثالثا – وجود الكمال فى الطرفين حال الوطء : أو بتعبير آخر ، ينبغى أن تتوفر شروط الإحصان فى الواطىء والموطوءة حال الوطء الذى يترتب عليه الإحصان ، فيطأ مثلا الرجل العاقل امرأة عاقلة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فى أحدهما فهما معاً غير محصنين . فإذا كان الجانى متزوجا ودخل بزوجته فى نكاح صحيح ولكنها مجنونة أو صغيرة ، فالجانى غير محصن ولو كان هو نفسه بالغاً عاقلا ، هذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد(٣) .

ولكن مالكا لا يشترط توفر شروط الإحصان فى الزوجين لإحصانهما معا ،

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٨٢ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٨ المغنى ج ١٠ ص ١٢٨ – شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٤٣

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ – المغنى جـ ١٠ ص ١٢٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣٣ – المغنى جـ ١١ ص ١٢٨

وعنده أنه يكفى أن تتوفر شروط الإحصان فى أحد الزوجين ليكون محصناً بغض النظر مما إذا كان الزوج الآخر تتوفر فيه هذه الشروط أم لا ، فشرط تحصين الذكر عنده أن تتوفر فيه شروط الإحصان مع إطاقة موطوءته له ولو كانت صغيرة أو مجنونة ، وتتحصن الأنثى عند مالك بتوفر الإحصان فيهـا وببلوغ واطئها ولو كان مجنوناً[١].

وفى مذهب الشافعى رأيان أحدهما يتفق مع رأى أبى حنيفة وأحمـد ، وثانيهما يتفق مع مذهب مالك[٢].

وفى مذهب الشيعة الزيدية نفس الرأيين ، ثم رأى ثالث يرى أن المجنون لا يحصن العاقل بأى حال[٣]،وإن أحصن البالغ من لم يبلغ .

والذين يشترطون اجتماع شروط الإحصان فى الزوجين يعللون ذلك بأن اجتماع هذه الصفات فى الزوجين يشعر بكمال حالها وبكمال اقتضاء الشهوة من الجانبين ، ويرن أن تخلف أحد هذه الشروط أو بعضها يشعر بالنقص ، فاقتضاء الشهوة من المجنونة والصغيرة قاصر ولا يبلغ بالرجل حد الكمال،والمحصن لا تغلظ له العقوبة إلا على أساس أنه فى حال الكمال تغنيه عن التفكير فى الحرام[٤].

رابعا ـ الإسلام : ويجعل أبو حنيفة ومالك الإسلام شرطاً من شروط الإحصان وحجتهما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم لما استشاره حذيفة فى زواج كتابية « دعها فإنها لا تحصنك » . ولكن الشافعى وأحمد لا يريان الإسلام شرطاً من شروط الإحصان،ويوافقهما أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة، وحجتهم أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين ، وكان الإسلام شرطاً فى الإحصان لما رجمهما ، فضلا عن أن الأديان عامـة تحرم الزنا كما يحرمه

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٨٣ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ .
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ .
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣١ المغنى ج ١٠ ص ١٢٨ .

الإسلام ، ويتفق المذهب الظاهرى مع مذهب الشافعى وأحمد فى هذه الوجهة ، أما المذهب الزيدى ففيه الرأيان وأرجحهما ما يقول به الشافعى وأحمد[١] .

ويترتب على هذا الخلاف أن المسلم المتزوج من كتابية إذا زنا لا يرجم فى رأى أبى حنيفة لأنه لا يعتبر محصناً ، إذ الكتابية لا تحصن المسلم ، وكان يجب أن يكون هذا هو الحكم عند مالك لولا أنه لا يشترط الكمال فى الزوجين ، ومن ثم فإن الكتابية فى رأيه تحصن المسلم ، فإذا زنا المسلم المتزوج من كتابية رجم عند مالك، كما يرجم عند الشافعى وأحمد والظاهريين و بعض الزيديين لأن هؤلاء لا يعتبرون الإسلام شرطاً من شروط الإحصان .

٥٢٥ زنا المحصن بغير محصن : بينا فيما سبق شروط الإحصان ما اتفق عليه منها وما اختلف فيه ، وإذا كان بعض الفقهاء يوجب توفر هذه الشروط فى كل من الزوجين لاعتبار أحدهما محصنا ، فإن الفقهاء جميعاً لا يشترطون إحصان كل من الزانيين لوجوب الرجم على أحدهما ، ويرون رجم من توفرت فيه شروط الإحصان من الزانيين ، فإذا كان أحد الزانيين محصنا والثانى غير محصن رجم المحصن ، وجلد غير المحصن .

* * *

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٩ ـ المحلى ج ١١ ص ١٥٨ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٤٤ .

الفصل الثالث

فى الأدلة على الزنا

٥٢٦ — **الأدلة المثبتة للزنا** : ـ لا تثبت جريمة الزنا المعاقب عليها بالحد إلا بأدلة خاصة هى :

(١) الشهادة (٢) الإقرار (٣) القرائن (٤) اللعان

وسنتكلم عن هذه الأدلة واحداً بعد الآخر مع ملاحظة أن الإثبات بالقرائن مختلف عليه .

المبحث الأول

فى الشهادة

٥٢٧ — **عدد شهود الزنا** : من المتفق عليه أن الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة شهود ، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقوله تعالى ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾[١] وقوله ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾[٢] وقوله ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾[٣] .

ولقد جاءت السنة مؤكدة لنصوص القرآن ، ومن ذلك أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله

---

(١) النساء : ١٥ (٢) النور : ٤

(٣) النور : ١٣

حتى آتى بأربعة شهداء » فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم » وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية لما قذف بامرأته شريك ابن شحماء « البينة وإلا حد فى ظهرك »[١] وروى عنه أنه قال « أربعة شهداء وإلا فحد فى ظهرك »[٢].

وليس لكل إنسان أن يشهد فتقبل شهادته ، وإنما الشاهد الذى تقبل شهادته هو من توفرت فيه شروط معينة ، بعضها عام يجب توفره فى كل شهادة ، وبعضها خاص يجب توفره فى الشهادة على الزنا .

٥٢٨ - الشروط العامة للشهادة : - للشهادة شروط عامة ، يجب أن تتوفر فى كل شهادة أيا كان موضوعها وهذه الشروط هى : -

٥٢٩ - أولا: البلوغ : - يشترط فى الشاهد أن يكون بالغاً ، فإذا لم يكن كذلك فلا تقبل شهادته ، ولو كان فى حالة تمكنه من أن يعى الشهادة ويؤديها، ولو كان حاله حال أهل العدالة ، وذلك لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ﴾[٣] والصبي ليس من الرجال ، وليس ممن ترضى شهادته ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »[٤] ولأن الصبي لا يؤتمن على حفظ أمواله فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره ، وإذا كانت شهادة الصبي لا تقبل فى الأموال فلأن لا تقبل فى الجرائم أولى وفيها عقوبة متلفة للنفس أو للعضو[٥].

وإذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا تقبل شهادة من هو دون البلوغ

(١) رواه الجماعة إلا مسلما والنسائى

(٢) رواه النسائى (٣) البقرة : ٢٨٢

(٤) أخرجه ابن ماجة وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرك وراجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٦٠

(٥) مواهب الجليل ج٦ ص ١٥٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص١٦٩ - وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥١٣ ، ٥٢٥ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ - الاقناع ج ٤ ص٤٣٦ - المحلى ج ٩ ص ٤٢٠ - شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٩٣

فإن مالكا يرى استثناءاً من هذه القاعدة ، قبول شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الدماء بشروط خاصة أهمها : أن يكون الشاهد مميزاً ، أى ممن يعقل الشهادة وأن لا يحضر الحادث كبير . وقد أجاز مالك شهادة الصبيان فى هذه الحالة للضرورة (١) .

وما يراه مالك هو رواية مذهب أحمد ، حيث يرى قبول شهادة الصبيان فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوا عليها ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لاحتمال أن يلقنوا . وروى عن أحمد رواية ثالثة : تلخص فى أن شهادة الصبى تقبل إن كان ابن عشر ، ولكن البعض يخصص هذه الرواية بغير الحدود والقصاص (٢) .

وفى مذهب الزيدية رأى مرجوح يرى أصحابه جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض ، فى الشجاج ما لم يتفرقوا ، ويتأول بعضهم هذا الرأى فيقول : إن الشهادة تقبل للتأديب لا للحكم (٣)

٥٣٠ – ثانيا – العقل : يشترط فى الشاهد أن يكون عاقلا . والعاقل من عرف الواجب عقلا ، الضرورى وغيره ، والممكن والممتنع ، وما يضره وما ينفعه غالباً ، فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه ، ولكن تقبل الشهادة ممن يجن أحياناً فى حالة إفاقته إذا كان يفيق إفاقة يعقل معها الشهادة ، ولا تقبل شهادة المجنون لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » كما أن شهادة المجنون لا تقبل للمعنى المانع من قبول شهادة الصبى (٤) .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٧

(٢) المغنى ج ١٢ ص ٢٧ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٣

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ – المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ – الإقناع ج ٤ ص ٤٣٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٦٩ — البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥ – المحلى ج ٩ ص ٤٢٩

٥٣١ ـ ثالثا ـ الحفظ : ويشترط فى الشاهد أن يكون قادراً على حفظ الشهادة ، وفهم ما وقع بصره عليه ، مأموناً على مايقول ، فإن كان مغفلا لم تقبل شهادته . ويلحق بالغفلة كثرة الغلط والنسيان ، ولكن تقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط ، لأن أحداً لا ينفك من الغلط .

والعلة فى عدم قبول شهادة المغفل ـ ولو كان عدلا ـ أنه لا يؤمن على مايقول ولا تمنع عدالته من أن يغتفل ، فيشهد على الرجل مثلا ولا يعرفه ، يتسمى له بغير اسمه ، كما أنه يخشى عليه أن يلقن فيأخذ بما ألقى إليه . لكن إذا لم يكن فى الشهادة ما يدعو إلى التلبيس تقبل شهادة المغفل نحو قوله : رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص ، أو رأيت فلاناً يطأ فلانة .[1]

على أن أبا يوسف صاحب أبى حنيفة يؤثر عنه أنه كان يجيز شهادة المغفل ولا يجيز تعديله ، لأن التعديل يحتاج إلى الرأى والتدبير ، والمغفل لا يستقصى فى ذلك ، بينما كان محمد يرد شهادة الصوام القوام المغفل ويقول : إنه شر من الفاسق فى الشهادة[2]

والزيديون يردون شهادة من غلب عليه السهو والنسيان ، فإن تساوى ضبطه ونسيانه فالأكثرون لا يصححون شهادته، والأقلون يجعلونها موضع اجتهاد[3]

٥٣٢ ـ رابعا : الكلام : يشترط فى الشاهد أن يكون قادراً على الكلام فإن كان أخرس فقد اختلف فى قبول شهادته : ففى مذهب مالك يقبلون شهادة الأخرس إذا عرفت إشارته وفى مذهب أحمد لا يقبلون شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته ، إلا إذا كان يستطيع الكتابة فأدى الشهادة بخطه،

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٠٣ ـ الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧

(٢) البحر الرائق ج٧ ص ٨٥

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٧

وفى مذهب أبى حنيفة لا يقبلون شهادة الأخرس سواء كانت بالإشارة أو بالكتابة، وفى مذهب الشافعى خلاف على قبول شهادة الأخرس ، منهم من قال : تقبل لأن إشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه ، فكذلك فى الشهادة ، ومنهم من قال : لا تقبل لأن إشارته أقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة ، وقد قبلت فى النكاح والطلاق للضرورة لأنهما لا يستفادان إلا من جهته ، ولا ضرورة تدعو لقبول إشارته فى الشهادة لأنها تصح من غيره بالنطق ، ومن ثم لا تجوز إشارته ، وفى مذهب الزيدية رأيان أحدهما أن شهادة الأخرس لا تصح إطلاقاً ، والثانى أنها تصح .(١)

٥٣٣ – خامسا : الرؤية : ويشترط فى الشاهد أن يرى ما يشهد به ، فإن كان الشاهد أعمى فقد اختلف فى قبول شهادته ، فالحنفيون لا يقبلون شهادة الأعمى ، لأن أداء الشهادة يحتاج إلى أن يشير الشاهد إلى المشهود له والمشهود عليه ، ولأن الأعمى لا يميز إلا بالنغمة وفى تمييزه شبهة ، وهم لا يقبلون شهادة من كان أعمى وقت أداء الشهادة ولو كان بصيراً وقت تحمل الشهادة ، بل إنهم يرون شهادة البصير الذى عمى بعد أداء الشهادة وقبل القضاء ، لأنهم يشترطون الأهلية فى الشاهد وقت القضاء لتكون شهادته حجة.

والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن شهادة الأعمى لا تقبل سواء فيما كان طريقه الرؤية ، وما كان طريقه السماع والشهرة والتسامع . ولكن أبا يوسف يجيز شهادة الأعمى فيما طريقه السماع مطلقاً ، ويجيزها فيما طريقه الرؤية إذا كان بصيراً وقت التحمل أعمى عند الأداء ، إذا كان يعرف الخصوم بأسمائهم وأنسابهم ويرى زفر أن شهادة الأعمى تجوز فقط فى غير الحدود والقصاص فيما يجرى فيه التسامع كالنسب والموت ، وهذا القول رواية عن أبى حنيفة .(٢)

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ – الإقناع ج ٤ ص ٤٣٦ – البحر الرائق ج ٧ ص ٨٥ – المهذب ج ٢ ص ٣٤٢ – شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢

(٢) البحر الرائق وحاشية منحة الخالق ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ – طرق الاثبات الشرعية ص ٤٠٩ ، ٤١٠

ويقبل المالكيون شهادة الأعمى فى الأقوال ، ولو كان قد تحملها بعد العمى مادام فطنا لاتشتبه عليه الأصوات ويتيقن المشهود له والمشهود عليه ، فإن شك فى شىء من ذلك لم تجز شهادته ، أما شهادة الأعمى فى المرئيات فلا تقبل إلا أن يكون تحملها بصيراً ثم عمى وهو يتيقن عين المشهود له أو يعرفه باسمه ونسبه(١) .

ويجيز الشافعيون شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة كالنسب والموت لأن طريق العلم به السماع ، والأعمى كالبصير فى السماع ، ولا يجيزون أن يكون شاهداً فى الأفعال كالقتل والغصب ، لأن طريق العلم بها البصر ، ولا شاهداً فى الأموال كالبيع والإقرار والنكاح والطلاق إذا كان المشهود عليه خارجاً عن يده لأن شهادته ستقوم على العلم بالصوت وحده ، والصوت يشبه الصوت ، فأما إذا كان المشهود عليه فى يده كرجل أقر ويد الأعمى على رأسه فشهد وهو فى يده لم يفارقه فتقبل الشهادة لأنها عن علم ويقين . وإذا تحمل الشهادة وهو بصير قبلت شهادته إذا كان الخصوم معروفين له بالاسم والنسب ، أو إذا كان المشهود عليه فى يده لم يفارقه بعد العمى . ويرى بعض فقهاء المذهب قبول شهادة الأعمى مطلقا فى الأقوال إذا عرف الصوت(٢) .

وفى مذهب أحمد يجيزون شهادة الأعمى كلما تيقن الصوت : أى أنهم يجيزون شهادته فى الأقوال مطلقاً . أما فى الأفعال فيجيزون شهادته فى كل ماتحمله قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه(٣) .

ومذهب الزيديين لايكاد يختلف عن مذهب الشافعى ، فالقاعدة عندهم أن شهادة الأعمى لاتصح فيما يفتقر إلى الرؤية عند الأداء ، فإذا شهد بما يحتاج إلى المعاينة عند أداء الشهادة لاتقبل شهادته إلا أن يكون المشهود عليه فى يده من

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ١٥٤ .

(٢) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٦١ .

(٣) المغنى جـ ١٢ ص ٦١ ، ٦٢ .

قبل ذهاب بصره كثوب متنازع عليه فإذا لم تكن المعاينة لازمة عند الأداء قبلت شهادة الأعمى فيما يثبت بطريق الاستفاضة كالنسب والنكاح ، فإن كان مما لا يثبت بطريق الاستفاضة قبلت شهادته فقط فيما تحمله قبل ذهاب بصره ، لأن الشهادة على الصوت وحده لاتصح ، على أن البعض يرى قبول الشهادة كلما عرف الأعمى الصوت على وجه اليقين[1] .

أما الظاهريون فيقبلون شهادة الأعمى مطلقاً فى الأقوال والأفعال ، وفيما تحمله قبل العمى وفيما تحمله بعده ، ويردون على من يقولون إن الأصوات تشتبه بأن الصور أيضاً تشتبه ،وما يجوز لمبصرأو أعمى أن يشهد إلا بما يوقن ولا يشك فيه ، وأن الأعمى لو لم يقطع بصحة اليقين على من يكلمه لما حل له أن يطأ امرأته إذ لعلها أجنبية ، ولا يعطى أحداً ديناً عليه إذ لعله غيره ، ولا أن يبيع من أحد ولا أن يشترى ، وأن الله جل شأنه أمر بقبول البينة ولم يشترط أعمى من مبصر وما كان ربك نسيا[2] .

٥٣٤ ـ سادساً ـ العدالة : ولا خلاف فى اشتراط العدالة فى سائر الشهادات، فيجب أن يكون الشاهد عدلا لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ ولقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ فأمر جل شأنه بقبول شهادة العدل وبالتوقف فى نبأ الفاسق ، والشهادة نبأ .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع[3] لأهل البيت »[4]

---

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠٠
(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٣٣
(٣) القانع : هو التابع الذى ينفق عليه أهل البيت
(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذى

وفي رواية أخرى « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر[1] على أخيه[2] » .

ويفسر بعض الفقهاء الخيانة بحيث تشمل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، ولا يخصها بأمانات الناس ، ويؤيد هذا التفسير بقوله تعالى ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ﴾[3]

والعدالة كما يعرفها المالكيون هي المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر ، وأداء الأمانة وحسن المعاملة ، وليست العدالة أن يمحص الإنسان الطاعة حتى لا تشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه إلا الأولياء والصديقون لكن من كانت الطاعة أكثر حالة وأغلبها عليه ، وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل[4] .

ويعرف الحنفيون العدالة بأنها الاستقامة على أمر الإسلام ، واعتدال العقل ومعارضة الهوى ، وليس لكمالها حد يدرك ، فيكتفى لقبولها بأدنى حدودها وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة ، وعندهم أن العدل هو من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج ، وهو من يكون مجتنباً للكبائر غير مصر على الصغائر ، ومن يكون صلاحه أكثر من فساده ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومن تكون مروءته ظاهرة[5] .

ويعرف الشافعيون العدالة بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر فمن تجنب الكبائر والصغائر فهو عدل ، ومن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر وكان ذلك نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته لأنه لا يوجد من يمحص الطاعة ولا يخلطها بمعصية ، وإن كان ذلك غالباً في أفعاله فسق وردت شهادته

---

(١) ذي الحقد والأحنة (٢) رواه أبو داود
(٣) سورة الأحزاب : ٧٢ (٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠
(٥) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٤ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢٥

لأنه من استجاز الإكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور ، فالحكم معلق على الغالب من أفعاله[١] .

ويعرف الحنابلة العدالة بأنها استواء أحوال الشخص فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله ، ويعتبر لها شيئان . أولها:الصلاح فى الدين وهو من وجه أداء الفرائض بسننها الراتبة ، فلا تقبل الشهادة ممن داوم على تركها لفسقه ، ومن وجه آخر اجتناب المحرم فلا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة . وثانيهما : استعمال المروءة وهو الإتيان بما يجمله ويزينه ، وترك مايدنسه ويشينه[٢] .

ويلاحظ أن فقهاء المذاهب السابقة يلحقون المروءة بشرط العدالة ، لأن ترك المروءة يدل على عدم المحافظة الدينية وهى لازم العدالة .

والمروءة عند المالكيين هى المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً ، كترك الملىء الانتعال فى بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك مافعله مباح يوجب ذمه عرفاً . كالأكل فى السوق . وفى حانوت الطباخ لغير الغريب ، ولا يراد بالمروءة نظافة الثوب . وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن . وحفظ اللسان . وتجنب المجون والسخف . والارتفاع عن كل خلق ردىء يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن فى نفسه حرمة[٣] .

والمروءة عند الحنفيين أن لا يأتى الإنسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل ، وقيل السمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنىء . والمروءة عند محمد هى الدين والصلاح[٤] .

والمروءة عند الشافعيين هى الإنسانية . وهى مشتقة من المرء . وعندهم أن من ترك الإنسانية لم يؤمن أن يشهد الزور . لأن من لا يستحى من الناس فى

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٤٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩
(٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٣٧ ـ المغنى ح ١٢ ص ٣٢
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٢ (٤) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٠

ترك المروءة لم يبال بما يصنع[1] ويستدلون على ذلك بما روى أبو مسعود البدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ماشئت » .

والمروءة عند الحنابلة هى تمسك الإنسان بما يجمله و يزينه وترك ما يشينه، أو هى اجتناب الأمور الدنيئة المزرية بالإنسان من فعل أو قول أو عمل[2] .

والعدل فى المذهب الزيدى هو من كان منزها عن محظورات دينه . فالعدالة عندهم إذن هى التنزه عن المحظورات الدينية[3] ويعرفها بعضهم بأنها ملازمة التقوى والمروءة .

والعدل عند الظاهريين هو من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة . والكبيرة هى ما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم كبيرة . أو ماجاء فيه الوعيد . والصغيرة مالم يأت فيه وعيد . وهم لا يشترطون المروءة لتحقق العدالة ويرون الاكتفاء بالطاعة واجتناب المعصية ، لأنه إذا كانت المروءة من الطاعة فالطاعة تغنى عنها ، وإن لم تكن من الطاعة فلا يجوز اشتراطها فى أمور الديانة إذ لم يأت بذلك قرآن ولا سنة[4] .

واختلف الفقهاء فى ثبوت العدالة فرأى أبو حنيفة والظاهريون أن العدالة تفترض فى الشاهد حتى يثبت جرحه ، بمعنى أنه إذا لم يجرح المشهود عليه الشاهد قبلت الشهادة دون أن يكون على القاضى أن يتحرى عن عدالة الشاهد ، وحجة أبو حنيفة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الناس عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى قذف » وما جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلوداً فى حد أو ظنيناً فى ولاء أو قرابة » وحجة الظاهريين أن فاعل الكبيرة فاسق وأن من عداه عدل لقوله تعالى : ﴿ أن تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٤٣
(٢) المغنى ج ١٢ ص ٣٣ ـ الاقناع ج ٤ ص ٤٣٧
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٤ ـ البحر الزخار ج ٥ ص ٥٠
(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٥

سيئاتكم ﴾[1] وما كفره الله وأسقطه لا محل لأحد أن يذم به صاحبه ولا أن يصفه به[2]

ويرى المالكيون والشافعيون والحنابلة والزيديون ومعهم أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفي ، أن يتحرى القاضي عن عدالة الشهود ولو لم يجرحهم المشهود عليه لأن القضاء قائم على شهادة العدل فوجب أن يتأكد القاضي من توفر صفة العدالة في الشاهد ليقبل شهادته[3] .

٥٣٥ — سابعاً : الإسلام : ويشترط في الشاهد أن يكون مسلماً ، فلا تقبل شهادة غير المسلم سواء كانت الشهادة على مسلم أو غير مسلم . وهذا هو الأصل الذي يسلم به جميع الفقهاء ، وهو مأخوذ من قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم[4] ﴾ وقوله ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم[5] ﴾ ولكن هذا الأصل المتفق عليه له استثناءات مختلف عليها :

الاستثناء الأول : شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض :

يرى الحنفيون قبول شهادة الذميين على مثلهم والحربيين على مثلهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولأنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم ، فيكونون من أهل الشهادة على جنسهم[6] .

ويرى الزيديون قبول شهادة غير المسلم على ملته دون غيرهم من الملل ، فلا تجوز شهادة اليهود على النصارى ولا شهادة النصارى على اليهود[7] .

ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض

---

(١) سورة النساء : ٣٠ (٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ — المحلى ج ٩ ص ٣٩٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٣١٢ — الاقناع ج ٤ ص ٤٠٠ — البحر الرائق ج ٧ ص ٦٩ — المحلى ج ٩ ص ٣٩٣ ، ٣٩٤

(٤) سورة البقرة : ٢٨٢ (٥) سورة الطلاق : ٢

(٦) البحر الرائق ج ٧ ص ١٠٢ ، ١٠٤

(٧) شرح الازهار ج ٤ ص ١٩٣

تحقيقاً للمصلحة العامة وتحقيقاً للعدالة ، وهما بذلك يرجحان رواية ضعيفة عن أحمد بجواز قبول الشهادة[١] .

ولا يقبل المالكيون والشافعيون شهادة غير المسلمين ، وهذا يتفق مع الرواية المشهورة فى مذهب أحمد - وهى الرواية المعمول بها - كما يتفق مع المذهب الظاهرى[٢] .

الاستثناء الثانى : شهادة غير المسلمين على المسلمين فى الوصية حال السفر :

يرى الحنابلة أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شهود من غير المسلمين قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهم لقوله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت ﴾[٣] .

ويتفق رأى الظاهريين مع رأى الحنابلة فى قبول شهادة غير المسلم إذا لم يوجد غيرهم .

أما المالكيون والحنفيون والشافعيون والزيديون فلا يقبلون شهادة غير المسلم فى هذه الحالة ، وحجتهم أن من لاتقبل شهادته على غير الوصية لاتقبل فى الوصية كالفاسق ، ولأن الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا فى تأويل الآية : فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال المراد بقوله ﴿ من غيركم ﴾ أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال معنى الشهادة فى الآية هو اليمين[٤] .

الاستثناء الثالث : شهادة غير المسلم على المسلم عند الضرورة :

يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم على المسلم فى كل

---

(١) الطرق الحكمية ص ١٥٧ ، ١٦٣

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ - المغنى ج ١٢ ص ٥٣ - المحلى ج٩ ص ٤٠٦

(٣) سورة المائدة ١٠٦

(٤) المغنى ج ١٢ ص ٥١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٠ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٣٩ - المحلى ج ٩ ص ٤٠٦ - الطرق الحكمية ص ١٦٣ ، ١٧١

ضرورة حضراً وسفراً فى كل شىء عدم فيه المسلمون قياساً على قبول شهادتهم فى الوصية ، لأن شهادتهم قبلت فى الوصية للضرورة فتقبل فى كل ضرورة .

وفى مذهب أحمد رواية بقبول شهادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه وهذا للضرورة .

ويجيز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حتى على المسلم للحاجة استثناءاً واحداً فى مذهبه أما بقية الفقهاء فلا يقبلون شهادة غير المسلم[١] .

٥٣٦ ـ ثانيا : انتفاء موانع الشهادة : ويشترط فى الشاهد أن لا يقوم به مانع يمنع شرعاً من قبول شهادته ، والموانع التى تمنع من قبول الشهادة هى :

أ ـ **القرابة** : تمنع القرابة من قبول الشهادة عند مالك : من ذلك أنه لا يقبل شهادة الأبوين لأولادهما ، ولا شهادة الأولاد لأبويهما ، ولا يقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر[٢] .

ويمنع أبو حنيفة من قبول شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله وأحد الزوجين للآخر[٣]

وفى مذهب الشافعى لا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ، على أن بعض فقهاء المذهب يرى قبولها . أما شهادة أحد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعيين[٤] .

وفى مذهب أحمد لا تقبل شهادة عمودى النسب بعضهم لبعض من والد وإن علا ولو من جهة الأم ، وولد وإن سفل من ولد البنين والبنات . كذلك لا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه[٥] .

وحجة من يمنع الشهادة للقرابة ما رواه ابن عمر عن رسول الله صلى الله

---

(١) المراجع السابقة والمغنى ج ١٢ ص ٥٤ والطرق الحكمية ١٥٩ ، ١٧١ ، ١٧٤
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤
(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٨٧ ، ٨٩ (٤) المهذب ج ٢ ص ٣٤٧
(٥) الإقناع ج ٤ ص ٤٢١

عليه وسلم أنه قال « لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى حنة » والظنين المتهم ، والقريب متهم بمحاباة قريبه .

ويرى الظاهريون والزيديون أن القرابة لاتمنع من قبول الشهادة ما دام الشاهد عدلا ، فكل عدل مقبول لكل أحد وعليه(١) .

ب ـ **العداوة** : وجمهور الفقهاء لايقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة من الشاهد والمشهود عليه فى أمر الدنيا كالأموال والمواريث والتجارة ونحوها . أما إذا كانت غضباً لله لفسقه وجراءته على الله لغير ذلك لم تسقط . ولذلك تجوز شهادة المسلم على غير المسلم لأن عداوة الدين عامة . والمعتبر فى عدم قبول الشهادة العداوة الخاصة ، وعلى هذا مذهب مالك والشافعى وأحمد والمذهب الزيدى(٢) .

وفى مذهب أبى حنيفة يرى المتأخرون أن شهادة العدو لاتقبل على عدوه إن كانت العداوة دنيوية . لأن المعاداة لأجل الدنيا حرام فمن عادى لأجل الدنيا لايؤمن منه التقول على عدوه . أما إذا كانت العداوة لأجل الدين فإنها لاتمنع من قبول الشهادة ، لأنها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته . وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة كأن رأى فيه منكراً ولم ينته بنهيه .

أما المتقدمون من فقهاء المذهب فيرون أن العداوة بسبب الدنيا لا تمنع من الشهادة مالم يفسق الشاهد بسببها أو يجلب منفعة أو يدفع بها عن نفسه مضرة .

ويرى أبوحنيفة نفسه أن شهادة العدو على عدوه تقبل إن كان عدلا ولكن المتأخرين خالفوا رأيه لما رواه أبو داود مرفوعاً « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » . والغمر هو الحقد(٣) .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٥ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٥٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٤٨ ـ المغنى ج ١٢ ص ٥٥ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٧

(٣) البحر الرائق ج ٧ ص ٩٣ ، ٩٤

ويرى الظاهريون أن الحكم يتعلق بنفس الشاهد فإن كانت عداوته للمشهود له تخرجه إلى مالا يحل فهى جرحة فيه ترد شهادته لكل أحد وفى كل شىء، وإن كانت العداوة لا تخرج الشاهد إلى مالا يحل فهو عدل مقبول الشهادة .

ويرد الظاهريون الحديث السابق من كل طرقه ، لأن فى رواته مجهولين أو لأنه مرسل ، ويحتجون بقوله تعالى : ﴿ ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن لاتعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى[1] ﴾ ويرون أن الله أمرنا بالعدل على أعدائنا فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما فشهادته مقبولة وحكمه نافذ[2] .

جـ — التهمة : وهى أن يكون بين الشاهد والمشهود له مايبعث على الظن بأن الشاهد يحابى المشهود له بشهادته ، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة ، ويدخل تحت التهمة شهادة القريب لقريبه والعدو على عدوه، ولكنا رأينا أن نخص القرابة والعداوة بالكلام على حدة لما لها من أهمية خاصة .

والشهادات التى يتهم فيها الشاهد كثيرة ، من ذلك شهادة الشريك لشريكه وشهادة الأجير لمن يستأجره ، وشهادة الخادم لمخدومه،وشهادة السائل ، وشهادة الوكيل لموكله ، وشهادة من يدفع بالشهادة عن نفسه ضرراً أو يجر لنفسه نفعاً .

والأصل فى عدم قبول الشهادة للتهمة قوله تعالى﴿وأدنى ألا ترتابوا[3]﴾ وماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال« لاتجوز شهادة ظنين»وأنه قال«لاتجوز شهادة ذى الظنة ولا ذى الحنة » والظنة التهمة والحنة العداوة .

والفقهاء لم يتفقوا على كل الحالات التى ترد فيها الشهادة للتهمة ، فبعضهم يرد الشهادات فى كل الحالات التى سبق ذكرها ، وبعضهم يردها فى حالات دون حالات أو من وجه دون وجه،ومنشأ ذلك اختلاف وجهات النظر عند التطبيق.

ويمكن القول بأن جمهور الفقهاء فى مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى

---

(١) سورة المائدة : ٨ (٢) المحلى جـ ٩ ص ٤٩٨ ، ٤٢٠

(٣) سورة البقرة : ٢٨٢ .

وأحمد وزيد لايقبلون الشهادة للتهمة على اختلاف بينهم فى التطبيق . أما الظاهريون فلا يرون الشهادة للتهمة ، ويرون قبول الشهادة مادام الشاهد عدلا[١] .

٥٣٧ - الشروط الخاصة للشهادة على الزنا : - يشترط أن تتوفر فى شاهد الزنا - بعد الشروط العامة التى ذكرناها - شروط خاصة هى : -

أولا : الذكورة : يشترط جمهور الفقهاء فى شهود الزنا أن يكونوا رجالا كلهم ، ولا يقبلون فى الزنا شهادة النساء ، ذلك أن النصوص قاطعة فى أن عدد الشهود لايقل عن أربعة[٢] وأن شهادة الرجل تعادل شهادة امرأتين ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ﴾[٣] وإذا كان لفظ الأربعة اسم لعدد الشهود فإن ذلك يقتضى الاكتفاء بشهادة أربعة ، ولا شك فى أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لايكتفى بهم إذ أن أقل مايجزىء فى هذه الحالة خمسة على فرض أن فيهم امرأة واحدة ، وهذا مخالف للنص كذلك فإن فى شهادة النساء شبهة لتطرق الضلال إليهن والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن الحدود تدرأ بالشبهات .

ومذاهب الفقهاء الأربعة[٤] تقوم على اشتراط الذكورة فى الشاهد وكذلك مذهب الشيعة الزيدية[٥] على أن اشتراط الذكورة إذا كان له محل فى شهادة الإثبات فلا محل لاشتراطه فى شهادة النفى ومن ثم يجوز أن يكون شهود النفى من النساء .

---

(١) المحلى ج ٩ ص ٤١٢ ، ٤٢٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٥٤ ، ١٧٧ البحر الرائق ج ٧ ص ٨٦ ، ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٣٤٩ ، ٣٥٤ - المغنى ج ١٢ ص ٤٩ ، ٦٠ . شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٥ ، ١٩٩ .

(٢) راجع الفقرة ٥١ (٣) سورة البقرة : ٢٨٢

(٤) مواهب الجليل ج٦ ص ١٨٠ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ . المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغنى ج ١٠ ص ١٧٥ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ١٨٥، ١٨٦

وقد روى عن عطاء وحماد أنهما قبلا شهادة ثلاثة رجال وامرأتين فى الزنا[١]

ويرى ابن حزم أنه يجوز أن يشهد فى الزنا امرأتان مسلمتان عدلتان مكان كل رجل فيكون الشهود ثلاثة رجال وامرأتين أو رجلين وأربع نسوة أو رجلا واحداً وست نسوة أو ثمان نسوة فقط لا رجال معهم[٢] .

هل يصح أن يكون الزوج شاهدا ؟ : لا يجيز مالك والشافعى وأحمد أن يكون الزوج أحد الشهود على زوجته الزانية ، لأن الزوج يقذف الزوجة بالزنا ، أو لأنه متهم بدعواه أن الزوجة خائنة[٣] .

ويرى أبو حنيفة أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة ، وأنه غير متهم فى شهادته لأن التهمة ما توجب جر نفع ، والزوج ملحق على نفسه بهذه الشهادة لحوق العار وخلو الفراش خصوصاً إذا كان له منها أولاد صغار[٤] وعلى هذا مذهب الزيديين[٥] .

ويفرق ابن حزم بين ما إذا جاء الزوج قاذفا وبين مجيئه شاهدا ، فإن جاء الزوج قاذفا فلا بد من أربعة شهود سواه وإلا حد أو يلاعن ، فإن لم يكن قاذفا لكن جاء شاهدا فإن كان عدلا ومعه ثلاثة عدول فهى شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا[٦]

ثانيا : الأصالة : ويشترط أبو حنيفة الأصالة فى الشهود ، أى أن يكونوا شهدوا الحادث بأنفسهم ، فلا تقبل عنده شهادة الشاهد على الشاهد[٧] أى الشهادة السماعية ، كما أنه لا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى، أى أنه لا يقبل شهادة شهود الإثبات أمام قاض غير القاضى الذى ينظر الدعوى ويفصل فيها إذا شهدوا كلهم

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٧٥ (٢) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٨٤ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٢

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٤ (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧

(٦) المحلى ج ١١ ص ٢٦١ ، ٢٦٣.

(٧) تسمى شهادة الشاهد السماعية وتسمى أيضاً بالارعاء لأن الأصيل يسترعى السامع ليسمع شهادته .

أو بعضهم أمام الأول فأرسل شهادتهم إلى الأخير ، لأن كتاب القاضى يعتبر بذاته شهادة على شهادة .

والعلة فى منع الشهادة على الشهادة قيام الشبهة فى صحة الشهادة المنقولة ، ذلك أن الاحتياط واجب فى الحدود ، وأن الحدود تدرأ بالشبهات فلا تقبل الشهادة للشبهة فى صحتها .

ويرتب أبو حنيفة على عدم قبول شهادة الفروع[1] أنه إذا جاء الأصول بعد رد شهادة الفروع فشهدوا بأنهم عاينوا الحادث وذكروا نفس ما شهد به الفروع من الزنا ، فلا تقبل شهادة الأصول أيضاً لأن شهادتهم قد ردها الشرع من وجه برد شهادة الفروع فى عين الحادثة التى شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فيصار ذلك شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا[2] .

والأصل عند أبى حنيفة هو قبول الشهادة على الشهادة ، ولـكنه لا يقبلها استثناء فى الحدود والقصاص[3] .

والأصل عند الشافعى أن الشهادة على الشهادة تجوز فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى ، لأن الحاجة تدعو لذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة ، أما الحدود المقررة حقاً خالصاً لله تعالى وهى حـد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر ففيها قولان : أحدهما أنه يجوز فيها الشهادة على الشهادة لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين . والثانى : أنه لا يجوز لأن حدود الله تعالى مبنية على الدرء والإسقاط فلا تثبت إلا بما يؤكدها ويوثقها ، والشهادة على الشهادة فيهامن الشبهة مايمنع من التأكيد والتوثيق ،وهذاهو الرأى الراجح فى المذهب[4]

---

(١) تسمى شهـادة من عاين الحادث شهادة الأصول ، وتسمى شهادة الناقلين عن الأصول بشهادة الفروع .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٧١ (٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

(٤) المهذب جـ ٢ ص٣٥٥ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ٣٧٧ ـ نهاية المحتاج جـ ٨ ص١٥١

والقاعـــدة عند الشافعى أن ما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، وما لا يثبت بالشهادة على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى إلى القاضى ، لأن الـكتاب لايثبت إلا بتحمل القاضى الذى كتبه الشهادة فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة[1] .

ويرى أحمد أن الشهادة على الشهادة لا تقبل إلا فى حق يقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى ، وترد فيما يرد فيه[2] ولا يقبل كتاب القاضى عند أحمد فى حد لله تعالى كالزنا ، ويقبل فى كل حق آدمى من المـال وما يقصد به المـال كالدية والقصاص والقذف . ويعللون التسوية بين كتاب القاضى والشهادة على الشهادة بأن كتاب القاضى ليس إلا شهادة على شهادة[3] .

ولا يقبل الزيديون الشهادة على الشهادة فى الزنا ، لأن القاعدة عندهم أن الشهادة على الشهادة (أو الارعاء) تجوز فى جميع الحقوق إلا الحد والقصاص[4]

ولا يشترط مالك الأصالة فى الشهود ، فتجوز عنده الشهادة على الشهادة فى الحدود وغير الحدود كما يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود وغير الحدود .

ويشترط فى مذهب مالك أن ينقل عن كل شاهد أصيل شاهدان ، ويجوز أن ينقل الشاهدان عن شاهد واحد أو عن أكثر من شاهد ، ولـكن لا يجوز بحال أن ينقل شاهد واحد عن شاهد أصيل ولو مع يمين المدعى ، ويشترط فى الشاهدين الناقلين أن لا يكون أحدهما شاهداً أصيلا ، كأن يشهد شخص على معاينة الجريمة ، ويشهد مع غيره على شهادة آخر عاين الجريمة[5] .

وفى الزنا يجوز أن يشهد أربعة على شهادة أربعة أو يشهد كل اثنين على شهادة واحد أو شهادة اثنين ، أو يشهد ثلاثة على شهادة ثلاثة ويشهد اثنان على شهادة الرابع .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٥٥ (٢) الإقناع ج ٤ ص ٤٤٧

(٣) الاقناع جـ ٤ ص ٤٠٦ (٤) شرح الازهار ج ٤ ص ١٨٦ ، ٢٠٥

(٥) شرح الزرقانى جـ ٧ ص ١٩٥

أما إذا شهد اثنان أو ثلاثة على شهادة الأربعة فلا تقبل الشهادة ، لأنهم يوجبون أن لا يكون عدد الشهود السماعيين أقل من عدد الشهود الأصليين(١) .

وإذا شهد اثنان على شهادة ثلاثة وشهد اثنان على شهادة الرابع لم تصح الشهادة ، لأنه لا يصح أن يكون عدد الشهود السماعيين أقل من عدد الأصليين وكذلك الحكم لو أدى الرابع الشهادة بنفسه أو نقل ثلاثة عن ثلاثة وواحد عن كل الأربعة إذ الرابع لم ينقل عنه اثنان(٢) .

ويجوز عند مالك أن تجتمع شهادة النقل بشهادة الأصل ويلفق منهما شهادة واحدة فى الزنا وغيره كأن يشهد اثنان على رؤية الزنا وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن كل واحد من الاثنين الآخرين ، أو يشهد ثلاثة بالرؤية وينقل اثنان عن الرابع ، فتتم الشهادة فى هاتين الصورتين وتعتبر شهادة مقبولة ، لكن إذا نقل اثنان عن ثلاثة وشهد الرابع بنفسه فلا تقبل الشهادة لأن النقل غير صحيح إذ الاثنان لا ينقلان عن ثلاثة(٣) .

وعند الظاهريين تقبل الشهادة على الشهادة فى كل شىء ويقبل فى ذلك واحد على واحد ، لأن الله تعالى أمرنا بقبول شهادة العدول ، والشهادة على الشهادة شهادة عدول فقبولها واجب ، ولا فرق بين واحد وبين اثنين فى تبيين الحق خصوصاً وأن ما ينقله شاهد السماع خبر والخبر يؤخذ من الواحد الثقة(٤) .

والقاعدة عند جمهور الفقهاء(٥) أن الشهادة على الشهادة لا يجوز الحكم بها إلا عند تعذر حضور الشهود الأصلاء كأن يموت الشاهد الأصيل ، أو يمرض

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٢) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٥ ، ١٩٦

(٣) شرح الزرقانى ص ١٩٦ (٤) المحلى ج ٩ ص ٤٣٨ وما بعدها

(٥) يرى أبو يوسف ومحمد بن الحسن قبول الشهادة على شهادة الحاضر فى المصر وإن كان صحيحاً ويرى مثل ذلك ابن حزم وحجته أنه لم يجد لمن منع من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلا لا من قرآن ولا من سنة ولا من قول أحد سلف ولا قياس ولا معقول المحلى ج ٩ ص ٤٣٨ ، ٤٣٩

مرضاً يمنعه من الانتقال ، أو أن يكون غائباً . أو مجهول المكان فإذا كان حضور الأصيل ممكناً لم تقبل الشهادة على الشهادة ، لأن شهادة الأصل أقوى لكونها مثبتة لنفس الحق أما الشهادة على الشهادة فتثبت شهادة الشاهد الأصيل[1]

ورأى أبي حنيفة والشافعي وأحمد في كتاب القاضي إلى القاضي يتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل الجنائية ، إذ يوجب أن يسمع الشهود القاضي الذي يحكم في القضية . أما رأى مالك والظاهريين فيتفق مع قاعدة القانون المصري في المسائل المدنية ، إذ يجيز في المسائل المدنية أن يسمع الشهود قاض غير الذي يحكم في القضية ثم يرسل بالشهادة مكتوبة إلى زميله الذي ينظر موضوع القضية .

ثالثا : أن لا يتقادم الحد : - يشترط أبوحنيفة لقبول الشهادة أن لا يكون حادث الزنا قد تقادم ، والأصل في مذهب أبي حنيفة أن شهادة الشهود بحد متقادم لا تقبل إلا في حد القذف خاصة ، وعلة التفرقة بين القذف وغيره من الحدود أن الشاهد لا يستطيع أن يتقدم بشهادته في القذف إلا بعد رفع الدعوى ، ولا يحرك الدعوى إلا المقذوف فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة ، أما بقية الحدود فيجوز للشاهد فيها أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجني عليه .

ويحتج الحنفيون لفكرة التقادم بأن الشاهد طبقاً لقواعد الشريعة مخير إذا شهد الحادث بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه ﴿ وأقيموا الشهادة لله﴾[2] و بين أن يتستر على الحادث لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الحادث حتى قدم عليه العهد دل بذلك على اختيار جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هي التي حملته على الشهادة ، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٩٨ - المهذب ج ٢ ص ٣٥٥ - الاقناع ج ٤ ص ٤٤٧ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٤

(٢) سورة الطلاق : ٢

والضغينة ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم ، ولم ينقل أن أحدا أنكر عليه هذا القول فيكون إجماعاً ، والمستفاد من قول عمر إن الشهادة المتأخرة تورث التهمة ولا شهادة لمتهم طبقاً لقواعد الشريعة العامة [١] .

ومع أن أبا حنيفة يقول بالتقادم على الوجه السابق ، فإنه يرد الشهادة المتقادمة ، ويقبل الإقرار بما سوى الشرب ويؤيده فى هذا أبو يوسف ولكن محمداً بن الحسن يرى رد الشهادة المتقادمة ويقبل الإقرار مطلقاً حتى بالشرب القديم [٢] .

ويستخلص مماسبق أن الحنفيين لايجعلون للتقادم أثراً على الجريمة ، فالجريمة قائمة مهما تقادم عليها العهد ومن الواجب أن يعاقب مرتكبها ، ولكنهم يجعلون للتقادم أثراً على الشهادة بحيث إذا تأخرت الشهادة عن الوقت المناسب ردت للتهمة ، ورد الشهادة يؤثر من طريق غير مباشر على الجريمة إذ لا يعاقب الجانى عليها لانعدام الأدلة .

وهناك رأى آخر نقل عن ابن أبى ليلى وخلاصته أن لا تقبل الشهادة ولا الإقرار أيضاً إذا تقادما [٣] .

ولا يمنع التقادم عند أبى حنيفة من قول الشهادة إلا إذا كان تأخر الشاهد فى التقدم بشهادته لغير عذر ظاهر ، فإن كان التأخر فى الشهادة لعذر ظاهر قبلت الشهادة ، كبعد المسافة عن محل القاضى أو كمرض الشاهد أو غير ذلك من الموانع الحسية [٤] .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً ، وفوض الأمر للقاضى يقدره طبقاً

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥

لظروف كل حالة لان اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً، ولـكن بعض فقهاء المذهب قدروا التقادم بشهر وقدره البعض الآخر بستة أشهر[١].

أما مالك والشافعى وأصحابهما ومعهم الزيديون والظاهريون فلا يعترفون بالتقادم و يقبلون الشهادة المتأخرة والإقرار بجريمة قديمة ولا يردونهما لقدمهما[٢].

وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى أبى حنيفة والثانى يتفق مع رأى مالك والشافعى وهو الرأى المعمول به فى المذهب[٣].

سابعا ـ أن تكون الشهادة فى مجلس واحد : ويشترط عندمالك وأبى حنيفة وأحمد أن يتقدم شهود الزنا بشهادتهم فى مجلس قضائى واحد ، وليس من الضرورى عند أحمد أن يأتى الشهود مجتمعين ، فيصح أن يأتوا متفرقين مادام مجلس القضاء منعقداً ، فإذا انقضى المجلس فلا تقبل شهادة المتأخر منهم ، واعتبر من أدى الشهادة قاذفاً ما دام أن عددهم أقل من أربعة ، أما مالك وأبو حنيفة فيشترطان تجمع الشهود عند بدء الشهادة ، فإن جاءوا متفرقين يشهدون واحداً بعد الآخر لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا ، فالشرط إذن اجتماعهم فى مجلس واحد وقت أداء الشهادة ، أما إذا جاء بعضهم فجلس فى أماكن الشهود فلما بدأت المحكمة سماع الشهود لم يكن عددهم متكاملا فلما سئل أحدهم جاء الثانى ولما سئل الثانى حضر الثالث وهكذا فإن شهادتهم لا تقبل و يعتبرون قذفة[٤].

ولا يشترط الشافعيون والزيديون والظاهريون هذا الشرط ويستوى عندهم أن يأتى الشهود متفرقين أو مجتمعين وأن تؤدى الشهادةفى مجلس واحد أوأ كثر

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٥
(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧ ـ المحلى ج ١١ ص ١٤٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٩
(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧
(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ ـ شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٧٦ وج ٨ ص ٨١ شرح فتح القــدير ج ٤ ص ١٢٠ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٧٨ ، ١٧٩

من مجلس ، وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ﴾ فذكر الشهود ولم يذكر المجلس ، وقال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت ﴾ ولأن كل شهادة مقبولة ، تقبل إن اتفقت ولو تفرقت فى مجلس كسائر الشهادات(١) .

ويحتج أصحاب الرأى المضاد بعمل عمر رضى الله عنه فقد شهد على المغيرة ابن شعبة ثلاثة وهم أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد ولم يشهد زياد فحد عمر الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر ، ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم . وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا مثلا ، ولأن قوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ لا يخلو من أن يكون مطلقاً فى الزمان كله أو مقيدا ، ولا يصح أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم ، لأنه ما من زمن ألا يجوز أن يأتى فيه بأربعة شهداء أو يكملهم إن كان قد شهد بعضهم فيمتنع جلدهم المأمور به ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد به المجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة(٢) .

خامسا : أن يكون عدد الشهود أربعة : ــ إذا شهد على الزنا أقل من أربعة شهود لم تقبل شهادتهم وحدوا حد القذف عند مالك وأبى حنيفة والزيديين(٣) لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ (٤)

والرأى الراجح فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد يتفق مع رأى مالك وأبى حنيفة ، أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه أن لا يحد الشهود إذا نقص عددهم

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧ ــ المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ ــ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٧ ــ المحلى ج ١١ ص ٢٥٩

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٧٨

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٠ ــ شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٧ ــ المغنى ج ١٠ ص ١٧٩ ــ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ هامش

(٤) سورة النور : ٤

عن أربعة ما دام أنهم قد جاءوا مجىء الشهود أى تقدموا لأداء الشهادة حسبة لله تعالى ، ولم يكن ثمة ما يدفعهم للشهادة غير ذلك، ولأن الشهادة على الزنا أمر جائز والجائز لا عقاب عليه ، ولأن إيجاب العقاب يؤدى إلى الامتناع عن الشهادة خشية أن يتوقف أحد الشهود عن الشهادة[1].

ويرى الظاهريون أن الشاهد بالزنا لا يحد أصلاً سواء كان معه غيره أم لم يكن إذ الحد شرع للقاذف الرامى ولم يشرع للشهداء أو البينة ، وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البينة وبين القاذف الرامى فلا يحل البتة أن يكون لأحدهما حكم الآخر[2].

ويرد أصحاب الرأى المخالف بأن الثابت من قضاء عمر أنه حد الشهود الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بن شعبة حينما لم يكمل الرابع الشهادة وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد.

وإذا تبين أن الشهود الأربعة ليس لكلهم أو لبعضهم أهلية الشهادة كأن كان أحدهم فاسقاً أو محدوداً فى قذف ، فيرى مالك سقوط الشهادة وأن على الشهود جميعاً الحد ، لأنها شهادة لم تكمل ، هذا إذا تبين انعدام الأهلية قبل الحكم ، أما إذا كان ذلك بعد الحكم فلا حد على واحد منهم ، لأن الشهادة تمت باجتهاد القاضى[3].

ويرى أبو حنيفة[4] حد الشهود سواء تبين انعدام الأهلية قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل التنفيذ ، أما إذا كان العلم بانعدام الأهلية بعد التنفيذ فإن كان الحد جلداً فكذلك يحد الشهود ولا يضمنون أرش الضرب فى قول أبى حنيفة ، وعند محمد وأبى يوسف يجب الأرش فى بيت المال . وإن كان الحد رجماً فلا يحد الشهود لأنه تبين أن كلامهم وقع قذفاً ، ومن قذف حيا ثم مات

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ — المغنى جـ ١٠ ص ١٧٩
(٢) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٠ (٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٨
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤٨

المقذوف سقط الحد وتكون الدية فى بيت المال إذ يعتبر الخطأ حاصلا من القاضى، وخطأ القاضى فى بيت المال، لأنه عامل لعامة المسلمين و بيت المال مالهم .

و يفرقون فى مذهب أبى حنيفة بين الشهود باعتبار أهليتهم للتحمل والأداء فمنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل ومنهم من هو أهل للتحمل والأداء على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومنهم من ليس أهلا للتحمل ولا للأداء كالصبيان والمجانين والكفار ، ومنهم من هو أهل للتحمل دون الأداء كالمحدودين فى قذف العميان ، والنوع الأول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها ، والثانى يجب التوقف فى شهادته حتى يظهر صدقه ، والثالث لا شهادة له أصلا ، والرابع تصح شهادته متحملا ولا تقبل منه مؤديا .

ويرتبون على هذه التفرقة أن من فقد أهلية التحمل أو الأداء أوهما معاً يعتبر قاذفاً بشهادته فإذا شهد أربعة عميان أو كفار أو محدودون فى قذف ، حدوا حد القذف ، وإذا شهد أربعة بالزنا أحدهم أعمى أو كافر أو محدود فى قذف وجب على الأربعة حد القذف الأول لانعدام أهليته والثلاثة لأن الشهادة لم تكمل أما إذا شهد بالزنا أربعة فساق فإن الحد يسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت إذ أنهم أهل للشهادة على وجه القصور وكذلك الحال إذا شهد أربعة أحدهم فاسق[1] .

وعند الشافعى أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرد الحاكم شهادة أحدهم فإن كان الرد بسبب ظاهر بأن كان أحدهم عبداً أو كافراً أو متظاهراً بالفسق كان الأمر كما لو لم يتم العدد ، لأن وجود هذا الشاهد كعدمه فلا يكمل العدد ، و إن كان الرد بسبب خفى كالفسق الباطن ففيه وجهان : أن حكمه حكم ما لو نقص العدد لأن عدم العدالة كعدم الوجود ، والوجه الثانى : أنهم لا يحدون قولا واحداً لأنه إذا كان الرد بسبب باطن لم يكن من جهتهم تفريط فى الشهادة فهم معذورون

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ ، ١٧٠

فلا حد عليهم ، و إن كان الرد بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب الحد عليهم[١]
وفى مذهب أحمد ثلاث روايات إن كان الشهود غير مرضيين كلهم أو أحدهم
الأولى : عليهم الحد لأنها شهادة لم تـكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا
ثلاثة ، والثانية لاحد عليهم لأنهم جاءوا أربعة شهداء فدخلوا فى عموم الآية لأن
عددهم كمن ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم ، فأشبه ما لوشهد أربعة مستورون
ولم تثبت عدالتهم أو فسقهم ، الثالثة : إذا كانوا فساقاً فلا حد عليهم وإن لم
يكونوا كذلك وكانوا غير مرضيي الشهادة كالـكفار والعميان فعليهم الحد[٢] .

ويلاحظ بهذه المناسبة ما سبق أن قلناه من أن فى مذهب الشافعى وأحمد
رأى يرى أصحابه أن لايحـــد الشهود إذا نقص عددهم ما دام أنهم قد جاءوا
مجىء الشهود .

ومذهب الزيديين على أنه إذا كمل عدد الشهود سقط حد القذف عنهم ولو
لم تـكمل عدالتهم لـكن إذا لم يكونوا عدولا لم يحد المقذوف ، وكذلك لو كان
أحد الشهود غير أهل للشهادة كالأعمى والمجنون فإن الحد يسقط عن الشهود
وعن المقذوف[٣] ومعنى ماسبق أن الشهود لايحدون إلا فى حالة واحدة هى أن
لا يكمل عددهم أربعة .

أما الظاهريون فقد رأينا من قبل أنهم لا يرون حد الشاهد سواء كان وحده
أو كان معه غيره ، ذلك أن الحد جعل للقاذف لا للشاهد .

ومن المتفق عليه أن شاهد السماع لاحد عليه إذا لم تقبل شهادته أو لم يكمل
عدد الشهود ، لأن شهادته لاتعتبر قذفاً إذ أنه ينقل عن غيره والمفروض أنه حسن
النية[٤] فإذا شهد ثلاثة بأنهم رأوا الزنا وشهد الرابع بأنه سمع من آخر بأنه
رأى الزنا لم تـكمل الشهادة وحد شهود الرؤية عند من يرى حد الشهود إذا لم

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ (٢) المغنى ج١٠ ص ١٨١
(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٨

تـكمل الشهادة[1] ولم يحد شاهد السماع . أما إذا شهد اثنان بالسماع وشهد ثلاثة بالرؤية فتقبل الشهادة وتعتبر كاملة عند مالك والظاهريين ولا تقبل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد والزيديين ويحد الشهود الثلاثة عند أبي حنيفة والزيديين وعلى الرأى الراجح فى مذهبي الشافعي وأحمد .

وتقبل شهادة الشهود ولو اعترفوا بأنهم تعمدوا النظر إلى فرج المرأة ولا تبطل شهادتهم بذلك لأن أداء الشهادة في الزنا يقتضى النظر إلى عين الفرج فيكون النظر مباحاً للشهود بقصد إقامة الشهادة ، كما يباح للطبيب بقصد علاج المرض[2] .

وإذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم ، فيرى مالك أن يحد الشهود الراجعون عن شهادتهم حد القذف إذا كان الرجوع بعد الحكم سواء كان قبل الاستيفاء أو بعده ، أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فيحد جميع الشهود ولو كان الرجوع من أحدهم فقط لأن الشهادة لم تـكمل[3] .

والأصل عند مالك أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة لاعتراف الشهود بأنهم كانوا على وهم أو شك أو كانوا غير عادلين . أما إذا كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فالشهادة لا تسقط ولكن ينقض الحكم إذا تبين كذب الشهادة ، كأن يتبين أن المتهم بالزنا مجبوب أو يظهر الشخص المدعى بقتله ، وإذا كان الرجوع بعد الحكم و بعد الاستيفاء فلا تسقط الشهادة ولا ينقض الحكم ولكن يعاقب الشهود[4] .

---

(١) يحد الشهود فى هذه الحالة طبقا لمذهب مالك وأبى حنيفة وزيد وعلى الرأى الراجح فى مذهب الشافعي ومذهب أحمد ولكنهم لا يحدون طبقاً لمذهب الظاهريين لأنهم يجيزون شهادة السماع ويجيزون أن ينقل الواحد عن واحد .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ ـ المهذب ج٢ ص٣٥٢ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٧٧ شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٧٧ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٨٨ (٣) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٧ (٤) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٦

ويرى أبو حنيفة أنه إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ، فإذا رجع أحدهم بعد الإمضاء فعليه ربع الدية وعليه حد القذف ، ويرى زفر أن لا يحد ، فإذا لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى يرجع أحدهم أى أن الرجوع يكون بعد القضاء وقبل الإمضاء فإن الشهود يحدون جميعاً ، وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، وإذا رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً ، وقال زفر يحد الراجع وحده[1] .

والقاعدة عند الشافعى أنه إذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل إما أن يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء ، فإن كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع ، ويحتمل أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ، ولا حكم مع الشك ، فإن رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ظاهرة ، وإن رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم .

ويترتب على هذه القواعد أنه إذا شهد أربعة بالزنا فرجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف وفى فقهاء المذهب من لا يرى حده لأنه أضاف الزنا للمشهود عليه بلفظ الشهادة دون قصد القذف وهو رأى مرجوح وأما الثلاثة فلا حد عليهم قولا واحداً لأنه ليس من جهتهم تفريط ولأنهم شهدوا والعدد تام ورجوع الراجع لا يمكنهم الاحتراز منه ، فإن رجعوا كلهم وقالوا تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد .

أما إذا رجعوا كلهم أو بعضهم بعد الحكم وقبل التنفيذ حد الراجع دون من لم يرجع . وإذا كان الرجوع بعد الحكم وبعد التنفيذ فكذلك الحكم إلا إذا كانت العقوبة الرجم فعلى الشهود القود إذا تعمدوا فى شهادتهم مايوجب القتل ، وعليهم الضمان فى حالة الخطأ[2] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٢

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ ، ٣٥٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٨٢

وعند أحمد إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والثانية يحد الثلاثة دون الراجع لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم فيسقط عنه الحد ولأن في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذى تحصل به مصلحة المشهود عليه وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد[١] .

والمذهب الزيدى على أن رجوع الشهود قبل الحكم يبطل الشهادة وكذلك الحال في الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ[٢] ، ولذلك يحد الشهود حد القذف إذا رجعوا قبل تنفيذ الحكم ويجب عليهم الأرش أو القصاص إذا كان الرجوع بعد تنفيذ الحكم[٣] .

والقاعدة عند الظاهريين أن رجوع الشاهد عن شهادته قبل الحكم مبطل للشهادة وأن رجوعه عنها بعد الحكم مؤد لفسخ الحكم[٤] وقد رأينا فيما سبق أنهم لا يرون حد الشاهد بالزنا أصلا كان معه غيره أو لم يكن[٥] ويترتب على ذلك أنه إذا رجع أحد الشهوَد أو كلهم فلا حد على أحد منهم لأن الحد على القاذف لا على الشاهد

وتقبل الشهادة على الخصي والعنين لتصور حصول الزنا منهما ولإمكان انتشار الآلة بخلاف المجبوب فلا تقبل الشهادة عليه إذ لا يتصور منه الوطء .

وإذا شهد الشهود بحصول الزنا فدفعت المرأة الشهادة بأنها عذراء عرضت على امرأة أو أكثر فإذا شهدن بأنها كذلك درىء الحد عنها وتكفي شهادة امرأة واحدة إذا لم يوجد غيرها وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد ، لأن شهادة المرأة الواحدة مقبولة عندهما فيما لا يطلع عليه الرجال ، وعلى هذا المذهب الزيدى

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ١٨٢ (٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢١٥

(٣) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٢٢٢ ، ٣٤٨

(٤) المحلى جـ ٩ ص ٤٢٩ (٥) المحلى جـ ١١ ص ٢٦٠

أيضاً [١] وأساس درء الحد احتمال كذب شهود الإثبات أو وهمهم واعتبار ذلك شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ويشترط الشافعى شهادة أربع نسوة ، فإذا شهدن بأنها بكر لم يجب عليها الحد ، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ، ويحتمل أن تكون عائدة لأن البكارة تعود إذا لم يبالغ فى الجماع ، فلا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يجب الحد أيضاً على الشهود لأنه إذا درىء الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية والشهود كاذبون ، وجب أن يدرأ الحد عن الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون [٢]

ويشترط ابن حزم شهادة أربع نسوة لدرء الحد [٣] ولكنه لا يكتفى بأن يقرر النساء أنها عذراء ويوجب أن يصفن عذرتها فإن قلن إنها عذرة يبطلها إيلاج الحشفه ولابد ، وأنه صفاق عند باب الفرج فقد أيقنا بكذب الشهود وأنهم وهموا فلا يحل إنفاذ الحكم بشهادتهم ، وإن قلن إنها عذرة واغلة فى داخل الفرج لا يبطلها إيلاج الحشفة فقد أمكن صدق الشهود إذ بإيلاح الحشفة يجب الحد فيقام الحد عليها حينئذ لأنه لم يتيقن كذب الشهود ولا وهمهم [٤]

ولا يدرأ ابن حزم الحد بالشبهة لأن المذهب الظاهرى لا يعترف بالشبهة كما قدمنا .

ورأى ابن حزم فى قبول شهادة النساء فى حالة ادعاء البكارة مخالف لفقهاء المذهب الظاهرى الذين يرون إهمال شهادة النفى والأخذ بشهادة الإثبات [٥]

أما مالك فلا يدرأ الحد ولو شهد أربع نسوة بأن المتهمة بالزنا عـذراء ، وحجته أن شهود الإثبات عاينوا الزنا ، وأن الإيلاج ممكن مع بقاء البكارة ، كما أن المثبت مقدم على النافى [٦] .

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٦٩ ـ المغنى ج١٠ ص ١٨٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥٠
(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥١ (٣) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ ، ٤٠٥
(٤) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤
(٥) المحلى ج ١١ ص ٢٦٣ (٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١

شهود الإحصان: ويرى مالك والشافعى وأحمد أنه يكفى فى إثبات الإحصان شهادة رجلين، لأنه حالة فى الشخص لا علاقة لها بواقعة الزنا، فلا يشترط أن يشهد بالإحصان أربعة رجال كما هو الحال فى الزنا (١)

وفى مذهب أبى حنيفة يكفى أيضاً رجلان لإثبات الإحصان، ولكن فقهاء المذهب يرون أن الإحصان يثبت برجلين أو برجل وامرأتين، عدا زفر فيشترط أن يثبت برجلين (٢).

والمذهب الزيدى على أنه يكفى فى إثبات الإحصان عدلين ولو رجل وامرأتين (٣).

أما المذهب الظاهرى فلا يفرق فيه الفقهاء بين إثبات الزنا وإثبات الإحصان وعدم التفرقة معناه أن الزنا والإحصان معاً يثبتان بأربعة شهود (٤).

وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه أقل من أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ (٥) ويدخل فى ذلك اللواط ووطء المرأة فى دبرها ووطء البهائم عند من يعطى هذه الأفعال حكم الزنا، أما من يعتبرها جرائم تعزيرية فيكتفى فى إثباتها بما يثبت به التعزير وهو يثبت بشاهدين كما يرى البعض، (٦) ويثبت برجل وامرأتين وبأربع نسوة وبرجل واحد أو امرأتان مع يمين الطالب، كما يثبت النكول والإقرار (٧).

ويرى بعض الفقهاء من مذهب الشافعى ومذهب أحمد أن كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير لا يثبت إلا بأربعة شهود لأنه فاحشة ولأنه إيلاج فى فرج

---

(١) شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٩٧ - المهذب ج ٢ ص ٣٥٩ - الاقناع ج ٤ ص ٤٥١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٣

(٤) المحلى ج ٩ ص ٣٩٥ (٥) سورة النور : ٤

(٦) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ - المغنى ج ١٠ ص ١٩٠، ١٩١

(٧) المحلى ج ٩ ص ٣٩٦ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - حاشية ابن عابدين ج ٤ : ٥١٥ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ١٨٠ وما بعدها

محرم ، فإن لم يكن الفعل وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين[1]

سادسا : أنه يقتنع القاضي بشهادة الشهود : ولا يستلزم أداء الشهود للشهادة أن يحد المتهم بالزنا مالم يقتنع القاضي بصحة الشهادة فإذا اختلف الشهود فى وصف الفعل أو فى زمانه أو مكانه اختلافاً ينبيء بكذبهم أو كذب بعضهم رفضت شهادتهم ، وهناك خلاف على حد الشهود فى هذه الحالة بين من يرون حد الشهود إذا لم تكمل الشهادة أو لم تقبل ، فيرى البعض حدهم لأنهم شهدوا على وقائع مختلفة ليس على واقعة منها أربعة شهود فهم قذفة ، ويرى البعض أن لا يحدوا وقد أدوا الشهادة ، ويرى البعض أن يترك الأمر للقاضي ليقدر كل حالة بظروفها ولاحتمال أن تكون شبهة تدرأ الحد عن الشهود .

ويحاول الفقهاء فى كتبهم أن يأتوا على أهم وجوه الاختلاف بين الشهود : من ذلك أن يشهد اثنان أنه زنى بها فى هذا البيت ، ويشهد اثنان أنه زنى بها فى بيت آخر ، أو أن يشهد اثنان بأنه زنى بها فى بلد غير البلد الذى شهد صاحباهما ، أو أن يختلفوا على اليوم أو الشهر أو السنة التى وقع فيها الزنا ، فإن كان هذا الخلاف فالجميع قذفة عند مالك وعند بعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد وعند زفر من فقهاء المذهب الحنفي ، بينما يرى أبو حنيفة وبعض فقهاء مذهب الشافعي وأحمد أن لا حد على الشهود لأنهم كملوا أربعة[2] .

ويرى ابن الماجشون من فقهاء المالكية أن شهادة الشهود تصح ولو اختلفوا إذا كان الخلاف فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه[3]

وإذا شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية بيت ، وشهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية أخرى منـــه وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول فى البيتين ، وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه فى رأى أبو حنيفة وأحمد

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٥٠ – المغنى ج ١٠ ص ١٩٠ ، ١٩١

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ – المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ – المغنى ج ١٠ ص ١٨٣

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩

وعند الشافعى ومالك وزفر لاحد على المشهود عليه لأن الشهادة لم تكمل [١]

وإن شهد اثنان بأنه زنى بها مكرهة ، وشهد اثنان بأنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب لحد المرأة ، أما الرجل فقد اختلفوا فيه ، فرأى البعض أن لاحد عليه لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ، ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين ، وذلك يمنع من قبول الشهادة أو يكون شبهة فى درء الحد ، ولا يخرج الأمر عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر ، ولا يصح هذا إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة فى أحدها ومكرهة فى الآخر ، وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ، ولأن شاهدى المطاوعة قاذفان لها ولم تكمل البينة فلا تقبل شهادتهما على غيرها وهذا هو رأى مالك وأبى حنيفة وأحد الوجهين فى مذهبى الشافعى وأحمد .

ورأى البعض أن الحد واجب على الرجل لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه بعد أن أجمع الشهود على أنه أتى الفعل ، واختلاف الشهود إنما هو فى فعل المرأة لا فى فعل الرجل ، فلا يمنع هذا الاختلاف من كمال الشهادة عليه وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد من فقهاء الحنفية ووجه فى مذهبى الشافعى وأحمد .

أما الشهود ففيهم ثلاثة أوجه : أحدها : لا حد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم. وثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم والثالث : يجب الحد على شاهدى المطاوعة لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها أما شاهدا الإكراه فلا يجب الحد عليهما لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة [٢].

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٧ ــ المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ ــ المغنى ج ١٠ ص ١٨٣ .

(٢) يراجع فى كل ماسبق مواهب الجليل ج ٦ ص ١٧٩ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٦ ــ المهذب ج ٢ ص ٣٥٧ ــ المغنى ج ١٠ ص ١٨٥

ويرى الزيديون أن الاختلاف لا أهمية له إلا إذا كان على حقيقة الفعل وهو الإيلاج أو مكان الفعل أو وقته أو كيفيته من اضطجاع أو قيام أو غير ذلك ، فإن اتفقت شهادة الشهود على ذلك لزم الحد ، وإن اختلفت فى شىء منه أو أجملوا ولم يفصلوا لم تصح شهادتهم ولا حد عليهم لكمال البينة (١) .

والقاعدة عند الظاهريين أن مالا تتم الشهادة إلا به فإن الاختلاف فيه مفسد للشهادة ، وعندهم أن الشهادة تتم فى الزنا إذا كانت على حصول الزنا من رجل بامرأة أجنبية عنه ، وكان الشهود على يقين من ذلك فإذا اختلف الشهود بعدها فى المكان أو فى الزمان أو فى وصف المزنى بها فلا عبرة باختلافهم ، لأن ذكر ذلك والسكوت عنه سواء ومن ثم تكون الشهادة تامة والحد واجب مع الاختلاف فى هذه المسائل (٢) .

ومن المتفق عليه أن الشهادة على الزنا لا تستلزم قيام دعوى سابقة على الشهادة فيجوز أن يتقدم الشهود بالشهادة دون قيام دعوى الزنا ويترتب على تقدمهم بالشهادة قيام الدعوى ، ويحتج الفقهاء فى هذا الوجه بقضية أبى بكرة حيث شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى ، وبقضية الجارود حيث شهد هو وآخر على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى .

والعلة فى عدم اشتراط قيام الدعوى فى الزنا أن الحد فى الزنا حق لله تعالى فلا تفتقر الشهادة به إلى قيام الدعوى ، لأن الدعوى فى سائر الحقوق إنما تكون من المستحق ، وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه ، ولو توقفت الشهادة على قيام الدعوى لما أقيمت الشهادة ولا الدعوى (٣) .

ويشترط لصحة الشهادة ولتكون مقنعة للقاضى أن تكون مبينة لماهية الزنا وكيفيته ومتى كان وأين وقع وبمن زنا وعلى القاضى أن يستفصل الشهود فى هذا كله ليصل إلى حقيقة الأمر .

---

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٨ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٤٧

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٨٨

فأما عن ماهية الزنا فلأن الزنا اسم يقع على أنواع لاتوجب الحد ، فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «العينان تزنيان واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه» ولا شك أن الحد لا يجب إلا بوطء الفرج بحيث يكون الذكر فى الفرج كالميل فى المكحلة .

وأما عن الكيفية فلاحتمال أن يريد الشهود بالزنا الجماع فيما دون الفرج ، لأن ذلك يسمى جماعاً حقيقة أو مجازاً ولكنه لا يوجب الحد .

وأما عن الزمان فلاحتمال أن يشهد بعض الشهود على واقعة غير التى يشهد عليها البعض الآخر ، ولاحتمال أن يشهد الشهود بزنا متقادم ، والتقادم على رأى أبى حنيفة يمنع من قبول الشهادة كما قدمنا ، ولاحتمال أن يشهدوا على زنا وقع منه وهو صغير .

وأما عن المكان فلاحتمال أن يكون الزنا الذى يشهد به البعض وقع فى بلد غير البلد الذى يشهد البعض الآخر بحصول الزنا فيه ، أو لاحتمال أن يكون الزنا وقع فى دار الحرب أو البغى ومثل هذا الزنا لا يعاقب عليه فى رأى أبى حنيفة

وأما عن المزنى بها فلاحتمال أن تكون الموطوءة ممن لا يجب الحد بوطئها ، وإذا كان أبو حنيفة يشترط لقبول الشهادة أن يعرف الشهود الرجل والمرأة ، فإن غيره لا يشترط ذلك ويترك لمن ادعى حل الوطء أن يقيم البينة عليه .

وإذا أنكر المتهم الإحصان وشهد به الشهود فعليهم أن يبينوا شروطه وعلى القاضى أن يستفصل منهم ذلك لاحتمال أنهم يجهلون ماهية الإحصان .

وعلى القاضى أن يستفصل كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل كل ما يثبته وأن يتحرى عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم وانتفاء العداوة بينهم وبين المشهود عليه وغير ذلك مما ترد به الشهادة حتى يأتى حكمه صحيحاً غير مشوب بعيب [1]

---

(١) يراجع فى كل ماسبق شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٧٧ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، ١٦٥ — المهذب ج ٢ ص ٣٥٤ — الاقناع ج ٤ ص ٤٣٣ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٥١

علم القاضي : وإذا شهد القاضي حادث الزنا وقت وقوعه فليس له أن يقضي بعلمه على مايراه جمهور الفقهاء وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وهو أحد قولي الشافعي وعليه أكثر الشافعيين وحجتهم قوله تعالى ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾[١] وقوله ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾[٢] ولأن القاضي كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة ، ولو رمى القاضي زانياً بما شهده منه وهو لا يملك على ما يقول البينة الكاملة لكان قاذفاً يلزمه حد القذف ، وإذا كان قد حرم على القاضي النطق بما يعلم فأولى أن يحرم عليه العمل به .

ويستدلون أيضاً بما روى عن أبي بكر رضي الله عنه من قوله « لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي » .

وعندهم أن القاضي إذا كان قد شهد الحادث ومعه ثلاثة غيره فله أن يتنحى عن القضاء ويشهد ، فإذا لم يتنح عن القضاء فليس له أن يعتبر علمه متمماً لشهادة الثلاثة[٣] .

أما الرأي الثاني في مذهب الشافعي فيقوم على جواز أن يحكم القاضي بعلمه وسند هذا الرأي ماروا أبو سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يمنع أحدكم هيبته الناس أن يقول في حق إذا رآه أوعلمه أو سمعه » ويقول أصحاب هذا الرأي إنه إذا جاز للقاضي أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن ، فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى[٤] .

والمذهب الزيدي لا يجيز للقاضي أن يحكم بعلمه في الحدود إلا في حد القذف ويجيز له أن يحكم بعلمه فيما عدا ذلك فيحكم بعلمه في القذف والقصاص والأموال سواء علم ذلك قبل قضائه أو بعده ، ويحتجون لذلك بقوله تعالى ﴿ لتحكم بين

---

(١) النساء : ١٤ (٢) النور : ١٤ (٣) شرح الزرقاني ج ٧ ص ١٥٠ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢ ـ المغني ج ١٠ ص ١٩١ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٢٠
(٤) المهذب ج ٢ ص ٣٢٠

الناس بما أراك الله ﴾ (١) ويرون أن علم القاضى أبلغ من الشهادة وأن من حكم بعلمه فقد حكم بما أراه الله (٢) .

أما الظاهريون فيرون أنه فرض على القاضى أن يقضى بعلمه فى الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة وحجتهم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ﴾ (٣) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه » فصح أن القاضى عليه أن يقوم بالقسط ، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، وصح أن فرضنا على القاضى أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطى كل ذى حق حقه وإلا فهو ظالم (٤) .

المبحث الثانى

الإقـــــرار

٣٥٨ ـ يثبت الزنا أيضاً بإقرار الزانى ويشترط أبوحنيفة وأحمد أن يقر الزانى بالزنا أربع مرات قياساً على اشتراط الشهود الأربعة ولما رواه أبو هريرة فقال: أتى رجل من الأسلميين (وهو ماعز) رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فقال يا رسول الله إنى زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله إنى زنيت فأعرض عنه حتى ثنا ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «أبك جنون » قال لا قال «أحصنت» قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم «ارجموه» . ولو وجب الحد بالإقرار مرة واحدة لم يعرض عنه رسول الله لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله . وروى نعيم بن هزال هذا الحديث وفيه حتى قالها أربع مرات فقال له رسول الله « إنك قلتها أربع مرات فبمن » قال بفلانة رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هى الموجبة.

وروى أبو برزة الأسلمى أن أبا بكر الصديق قال لهذا المقر عند النبى صلى الله

(١) النساء : ١٠٤
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٢٠
(٣) النساء : ١٣٤
(٤) المحلى ج ٩ ص ٤٢٧

عليه وسلم إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا دليل من وجهين ، أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ . والثانى : أن أبا بكر قد علم أن هذا من حكم النبي صلى الله عليه وسلم ولولا ذلك لما تجاسر على قوله بين يديه وعلى هذا يجب أن يتعدد الإقرار وأن يكون أربع مرات فإن قل عنها فلا يعتبر (١) .

أما مالك والشافعى فمن رأيهما الاكتفاء بالإقرار مرة واحدة لأن الإقرار إخبار والخبر لا يزيد بالتكرار ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « وعدياأنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فعلق الرجم على مجرد الاعتراف والظاهر الاكتفاء بأقل ما يصدق عليه اللفظ وهو المرة الواحدة أما إعراض الرسول صلى الله عليه وسلم عن ماعز حتى أقر أربع مرات فراجع إلى أن الرسول استنكر عقله ولذا أرسل لقومه مرتين يسألهم عن عقله حتى أخبروه بصحته فأمر برجمه (٢)

ويشترط أبو حنيفة أن تكون الأقارير الأربعة فى مجالس مختلفة للمقر نفسه ولو حدثت فى مجلس واحد للقاضى (٣) .

ويستوى عند أحمد أن تكون الأقارير الأربعة فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة فإذا أقر أربع مرات فى مجلس واحد أو فى مجالس متفرقة فالإقرار صحيح (٤) .

ويشترط لقبول الإقرار أن يكون مفصلا مبيناً لحقيقة الفعل بحيث تزول كل شبهة فى الإقرار خصوصاً وأن الزنا يعبر به عما لا يوجب الحد كالوطء خارج الفرج والأصل فى الاستفصال والتبين هو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل صلى الله عليه وسلم هل به جنون

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٦٥
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٨
(٤) المغنى ج ١٠ ص ١٦٧

أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له «لعلك قبلت أو غمزت ؟ » وفى رواية أخرى « هل ضاجعتها ؟ » قال نعم قال « فهل باشرتها ؟ » قال نعم قال « هل جامعتها ؟ » قال نعم ، وفى حديث ابن عباس « أنكتها » لا يكن قال نعم ، قال دخل ذلك منك فى ذلك منها ؟ قال نعم ، قال وكما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر قال نعم قال تدرى ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراماً ما يأتى الرجل من امرأته حلالا . قال فما تريد بهذا القول ؟ قال تطهرنى فأمر به فرجم ، فدل ذلك كله على أنه يجب فى الإقرار أن يكون مفصلا مبيناً لحقيقة الفعل المقر به [١] .

ويترتب على هذا أن الزانى إذا أقر فلا يؤخذ إقراره قضية مسلمة وعلى القاضى أن يتحقق من صحة إقراره ليتحقق أولا من صحة عقله كما فعل الرسول مع ماعز ، قال أبك خبل أم بك جنون ؟ وبعث لقومه يسألهم عن حاله ، فإذا عرف القاضى أن الزانى صحيح العقل سأله عن ماهية الزنا وكيفيته ومكانه وعن المزنى بها وعن زمان الزنا فإذا بين ذلك كله على وجه يجعله مسئولا جنائياً سأله أمحصن هو أم لا ؟ فإن اعترف بالإحصان سأله عن ماهيته . وسؤال المقر عن زمان الزنا ليس المقصود منه النظر إلى القادم وإنما احتمال أن يكون الزنا وقع قبل البلوغ والإقرار على قوته حجة قاصرة على نفس المقر لا تتعداه إلى غيره ، فمن أقر بأنه زنا بامرأة أخذ باعترافه أما المرأة فإن أنكرت فلا مسؤولية عليها وإن اعترفت أيضاً أخذت باعترافها لا باعتراف الرجل وعلى هذا جرت سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الرسول فأقر عنده أنه زنا بامرأة سماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها [٢] .

(١) سبل السلام ج ٤ ص ٧ ، ٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٦٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ص ١٢٠ ، ١٥٨ ـ المغنى ج١٠ ص ١٦٨ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٨٥

ولا يشترط حضور شريك المقر فى الزنا فى مجلس الإقرار كما لا يشترط ذلك فى الشهادة ، فلو أقر شخص بأنه زنا بامرأة غائبة أقيم عليه الحد . ويصح الإقرار بالزنا ولو جهل المقر شخصية شريكه فى الزنا لأنه بنى إقراره على حقيقة الحال وإذا أقر الرجل أنه زنا بامرأة فكذبته فهو مأخوذ بإقراره وعليه الحد دونها كما يرى مالك والشافعى وأحمد[1] .

لأن الإقرار حجة فى حق المقر وعدم ثبوت الزنا فى حق غير المقر لا يورث شبهة ما فى حق المقر ولكن أبا حنيفة يرى أن لا يحد الرجل المقر لأن الحد انتفى فى حق المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة الانتفاء فى حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه وهذا لأنه ما أقر بالزنا مطلقاً إنما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرىء عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فإنه وإن احتمل كذبه لكن لا موجب شرعى يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لأن الزنا لم ينتف فى حقها بدليل يوجب النفى وهو الإنكار ويتفق رأى أبى يوسف ومحمد مع رأى الأئمة الثلاثة[2] .

ويشترط بعد تفصيل الإقرار أن يكون الإقرار صحيحاً ولا يكون كذلك إلا إذا صدر من عاقل مختار فيجب أن يكون المقر عاقلا مختارا لأن المكره والمجنون لا حكم لكلامهما والظلم مرفوع عنهما وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

٣٥٩ - إقرار زائل العقل: ينقل ما كتب عن ذلك فى القتل ويضاف إليه، وإن كان يجن مرة ويفيق مرة أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنا وهو مفيق فعليه الحد

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨

دون خلاف لأن الزنا الموجب للحد وقع منه فى حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد فى حال يعتبر فيها كلامه فإن أقر فى إفاقته ولم يضف الزنا إلى حال الإفاقة ، لم يجب الحد لأنه يحتمل أن الزنا وقع فى حال الجنون ولا يجب الحد مع الاحتمال[١].

٥٤٠ – إقرار النائم : والنائم مرفوع عنه القلم فلو زنا بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه لان القلم مرفوع عنه ولو أقر فى حال نومه لم يلتفت لإقراره لأن كلامه غير معتبر ولا يدل على صحة مدلوله[٢]

ويشترط أبو حنيفة فى المقر أن يكون قادرا على النطق لأن الإقرار عنده يجب أن يكون بالخطاب والعبارة لا بالكتاب والإشارة وعنده أن الأخرس لو أقر فى كتاب وأشار إلى صحة صدوره منه إشارة معلومة لم يقبل إقراره لأن الشريعة علقت الحد على البيان المتناهى والبيان لا يتناهى إلا بالصريح والإشارة والكتابة بمنزلة الكناية ولكن الأئمة الثلاثة يقبلون إقرار الأخرس إذا فهمت إشارته[٣].

ومن المتفق عليه أن البصر لا يعتبر شرطاً فى الإقرار فإقرار الأعمى بالزنا صحيح ولا يقبل الإقرار ممن لا يتصور وقوع الفعل منه كالمجبوب إذ لا يمكن أن يقع منه الفعل لانعدام الآلة ، ويقبل إقرار الخصى والعنين لتصور الزنا منهما إذ لا يشترط لتحقق الوطء أكثر من دخول الحشفة فى الفرج ولو بغير انتشار[٤].

٥٤١ – أثر التقادم على الإقرار : ولا أثر للتقادم على الإقرار بالزنا عند من يقول بالتقادم لأن أثر التقادم على الشهادة بنى على تمكن التهمة والضغينة أما الإقرار فلا تهمة فيه لأن المرء لا يتهم فيما يقر به على نفسه[٥].

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٧٠ (٢) المغنى ج ١٠ ص ١٧٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٩ – المغنى ج ١٠ ص ١٧١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣١ (٤) المغنى ج ١٠ ص ١٧١ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١

٥٤٢ - التحايل على الإقرار : ولا يصح للقاضى أن يحتال للحصول على الإقرار وليس له أن يشجع المقر على الإقرار ولا بأس من أن يظهر الكراهة للإقرار كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم مع ماعز حيث أعرض عنه عند إقراره وقد كان عمر رضى الله عنه يقول « اضربوا المعترفين » أى بالزنا[1].

ويشترط أبو حنيفة أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فإن أقر فى غير مجلس القاضى فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار لأنه إما أن يقر وإما أن ينكر فإن أقر كانت الشهادة لغواً وكان الحكم للاقرار لا للشهادة وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعاً عن الإنكار والرجوع عن الإقرار صحيح فى الحدود الخالصة حقا لله كحد الزنا[2].

ولا يشترط مالك والشافعى وأحمد أن يكون الإقرار فى مجلس القضاء فيجوز أن يكون من المقر فى مجلس القضاء ويجوز أن يحصل فى غير مجلس القضاء ويشهد به الشهود فى مجلس القضاء ولكنهم اختلفوا فى الشهادة بالإقرار فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعا[3].

ويرى الشافعى قبول الشهادة على الإقرار فإن أنكر حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره ولا يعتبر عدولا عن الإقرار لأنه تكذيب للشهود والقاضى .أما إن أكذب نفسه فى إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعاً عن الإقرار[4].

ورأى أحمد قبول الشهادة بالإقرار بشرط أن يشهد بالإقرار أربعة فإن أنكر أو صدقهم دون أربع مرات فلا حد عليه لأن إنكاره يعتبر رجوعاً ولأن تصديقهم لا يكفى فيه مرة واحدة لأن الإقرار عند أحمد يشترط فيه أن يكون أربع مرات[5].

ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعى بشهادة شاهدين فقط .

---

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص١٢١ - المغنى ج ١٠ ص ١٨٨ - المهذب ج٢ ص٣٦٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ (٥) الإقناع ج ٤ ص ٢٥٥

٥٤٣ - الإقرار فى مجلس القضاء : وإذا أقر الزانى بالزنا ثم رجع عن إقراره سقط عنه الحد لأنه لا يحتمل أن يكون صادقاً فى الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذبا فيه فإن كان صادقاً فى الإنكار فهو كاذب فى الإقرار وإن كان كاذبا فى الإنكار فهو صادق فى الإقرار وهذا الاحتمال يورث شبهة فى الحد والحدود تدرأ بالشبهات وقد روى أن ماعزاً لما أقر بالزنا بين يدى الرسول صلى الله عليه وسلم لقنه الرجوع فقال عليه الصلاة السلام لعلك قبلتها لعلك مستها كذلك قال عليه الصلاة والسلام لامرأة متهمة بالسرقة أسرقت؟ قولى لا ما أخالك سرقت. وليس ذلك إلا تلقيناً للرجوع عن الإقرار ولو لم يكن الحد محتمل السقوط بالرجوع ما كان للتلقين معنى وتلك هى السنة للامام والقاضى إذا أقر عنده أحد بشىء من أسباب الحدود الخالصة أن يعرض له بالرجوع

٥٤٤ - الرجوع عن الإقرار: ويصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء وبعد القضاء ويصح قبل الإمضاء وأثناء الإمضاء فإذا رجع أثناء الإمضاء أوقف تنفيذ العقوبة والرجوع عن الإقرار قد يكون صريحاً كأن يكذب نفسه فى إقراره وقد يكون دلالة كهرب المرجوم أثناء الرجم أو الجلد فإذا هرب لم يؤخذ ثانية للتنفيذ لأن الهرب دلالة الرجوع والأصل فى ذلك أنه لما هرب ماعز تبعوه حتى قتلوه ولما ذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم قال « هلا تركتموه » وهذا دليل على أن الهرب دليل الرجوع وأن الرجوع مسقط للحد ويعتبر مالك وأبو حنيفة وأحمد مجرد الهرب وقت التنفيذ رجوعاً دون حاجة إلى التصريح بالرجوع أما الشافعية فيرون أن الهرب ذاته ليس رجوعاً ولكنه يقتضى الكف عنه لاحتمال أنه قصد الرجوع فإذا كف فرجع سقط الحد وإذا لم يرجع تحتم تنفيذ الحد[1].

وكما يصح الرجوع عن الإقرار بالزنا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان فإذا أقر شخص بأنه زنى وهو محصن فله أن يرجع عن إقراره بالزنا وله أن يثبت

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ - المغنى ج ١٠ ص ١٧٣ ، ١٩٥

على الإقرار بالزنا ويعدل عن الإقرار بالإحصان فإذا فعل سقط حد الرجم ووجب حد الجلد[١] .

وإذا اجتمعت الشهادة مع الإقرار فمذهب أبى حنيفة على أن الشهادة تبطل باعتراف المشهود عليه قبل القضاء اتفاقاً أما إذا كان الإقرار بعد القضاء بالحد على أساس الشهادة فيرى أبو يوسف سقوط العقوبة لأن الإمضاء فى الحدود من القضاء ولأن شرط الشهادة هو عدم الإقرار أما محمد فلا يسقط العقوبة فى هذه الحالة[٢]

وترتب على ماسبق أن من يثبت عليه الزنا بشهادة الشهود ثم أقر فحكم عليه بالعقوبة يسقط عنه الحد إذا رجع عن الإقرار سواء كان رجوعه صريحاً أم دلالة ويرى مالك وأحمد أن الزانى إذا تمت عليه البينة وأقر على نفسه إقراراً صحيحاً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه لأنه ثابت من وجه آخر بشهادة الشهود[٣]

وفى مذهب الشافعى يرون أنه إذا ثبت الحد بالبينة ثم أقر المشهود عليه بعد ذلك عدل عن إقراره ، فإن عدوله لايسقط الحد الثابت بالبينة وإلا كان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات .

أما إذا أقر بالزنا أولا ثم قامت بينة بزناه فرجع عن إقراره فهناك آراء مختلفة فالبعض يرى أن الرجوع لايسقط الحد لبقاء حجة البينة كما لو شهد عليه ثمانية مثلا فردت شهادة أربعة والبعض يرى سقوط الحد بالرجوع لأنه لا أثر للبينة مع الإقرار وقد بطل الإقرار بالرجوع والبعض يرى أن العبرة بالدليل الذى استند عليه الحكم فإن كان الحكم قد استند إلى البينة والإقرار معاً أو على البينة وحدها فإن الرجوع لايسقط الحد أما إذا استند الحكم على الإقرار وحده فإن الرجوع يسقط الحد و يرى البعض أنه عند اجتماع الإقرار مع الشهادة يجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٤

(٣) الإقناع ج ٤ ص٢٥٦

أن يستند الحكم على الشهادة فيما يتعلق بحقوق الله لأن البينة أقوى من الإقرار أما فيما يتعلق بحقوق الآدميين فيجب أن يستند الحكم على الإقرار لأنه أقوى من الشهادة ولأن الإقرار فى حقوق الآدميين لا يؤثر على الرجوع ويرى البعض أن الحكم يستند فى الحالين إلى الإقرار والشهادة معاً[1] .

وإذا سمع القاضى الإقرار فى غير مجلس القضاء فليس له أن يقضى على أساس ماسمع[2].

وهذا هو مذهب مالك وأبى خنيفة وأحمد أما الشافعى ففى مذهبه رأيان أرجحهما يرى أن لايقضى القاضى على أساس مارآه أو علمه أو سمعه والثانى يرى أصحابه أن يقضى القاضى بما رآه أو سمعه أو علمه[3].

القرائن

٥٤٥ - القرائن : للقرينة المعتبرة فى الزنا هى ظهور الحمل فى امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ويلحق بغير المتزوجة من تزوجت بصبى لم يبلغ الحلم أو بمجبوب ومن تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة أشهر والأصل فى اعتبار قرينة الحمل دليلا على الزنا قول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وفعلهم : فعمر رضى الله عنه يقول الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا أقامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه أتى بامرأة ولدت لستة أشهر كاملة فرأى عثمان أن ترجم فقال على ليس لك عليها سبيل قال الله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : ياأيها الناس إن الزنا زنيان زنا سر وزنا علانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى وزنا

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٢

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٥٢ - شرح الزرقانى ص ١٥٠ و جـ ٧ ، ٨ ص ٨٤

(٣) المهذب جـ ٢ ص ٣٢٠

العلانية أن يظهر الحبل والاعتراف ، هذا هو قول الصحابة ولم يظهر لهم مخالف فى عصرهم فيكون إجماعاً .

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسى فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة فى حصول الزنا أو حصوله طوعا فإذا كان هناك مثلا احتمال بأن الحمل كان نتيجة وطء بإكراه أو بخطأ وجب درء الحد وإذا كان هناك احتمال بأن الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة امتنع الحد إذ قد تحمل المرأة من غير إيلاج بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها أو نتيجة وطء خارج الفرج ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أنه إذا لم يكن دليل على الزنا غير الحمل فادعت المرأة أنها أكرهت أو وطئت بشبهة فلا حد عليها فإذا لم تدع إكراها ولا وطأ بشبهة فلا حد عليها أيضاً مالم تعترف بالزنا لأن الحد أصلا لا يجب إلا ببينة أو بإقرار[1] .

٥٤٦ - اللعان : أما مالك فيرى أن ظهور الحمل فى غير المتزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرار منها وأن ادعاءها الإكراه والوطء بشبهة لا يكفى وحده لدرء الحد عنها بل عليها أن تقيم دليلا أو قرينة على صحة دفاعها كأن تثبت أنها بلغت عمن أكرهها أو أن أناساً شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الإكراه أو أنهم شهدوها تستغيث والدماء تلوث ملابسها بعد أن أزيلت بكارتها[2]

تنفيذ العقوبة

٥٤٧ - مقدار الحد : إذا ثبت الزنا دون شبهة وجب على القاضى أن يحكم بعقوبة الحد وهى رجم المحصن وجلد غير المحصن مائة جلدة وتغريبه .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٩٢ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨١

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٩٢ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦

مقارنة بين الشريعة والقانون عن الأدلة على الزنا

٥٤٨ – **التكييف الشرعي لحد الزنا**: يكيف الفقهاء حد الزنا بأنه حق لله تعالى والأصل عندهم أن الحد يعتبر حقاً لله تعالى إذا استوجبته المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وكل جناية ذات حد يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة عقوبتها تعود عليهم فتعتبر العقوبة المقررة عليها حقا لله تعالى تأكيداً لتحقيق النفع ودفع المضرة وحتى لاتسقط العقوبة بإسقاط الأفراد لها

وتمتاز عقوبة الحد عن غيرها من العقوبات بأنها لاتقبل عفوا ولا صلحاً ولا إبراء ولا تخفيضاً ولا استبدالا .

هذا هو تكييف الفقهاء للحد وهو تكييف ليس بعيداً عن نظرة شراح القوانين الوضعية للعقوبة فهم يعتبرونها حق الجماعة لأن المصلحة العامة تستوجبها وقد يظن أن الاختلاف واقع فى الأساس لافى المعانى ولكن الواقع أن الخلاف فيهما معا فالحد يختلف عن العقوبة فى القوانين الوضعية بأنه لايقبل العفو ولا الاستبدال والعقوبة فى القوانين الوضعية تقبلهما ولعل اعتبار الحد حقا لله هو الذى منع قبول العفو والاستبدال لأن الأفراد والجماعة ليس لهم العفو عما هو حق الله وليس لهم تبديل ماأمر به الله ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن أن يعفو عنه ممثل الجماعة أو يستبدل به غيره على أن فى الشريعة نوعاً من العقوبات وهو العقوبات التقديرية شرع للمصلحة العامة ويعتبر حق الجماعة ، ولممثل الجماعة أن يعفو عنه وأن يستبدل به غيره من عقوبات التعازير وهذا النوع من العقوبة هو الذى يتفق تمام الاتفاق فى التكييف مع العقوبات المقررة فى القوانين الوضعية .

٥٤٩ – **تعدد العقوبات**: وإذا تعددت العقوبات المحكوم بها على الجانى نفذت جميعاً مالم تتداخل أو يجب بعضها البعض الآخر .

التداخل: معنى التداخل هو أن الجرائم فى حالة التعدد تتداخل عقوباتها

بعضها فى بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة .

ويحدث التداخل فى حالتين :

الأولى : إذا كانت الجرائم جميعها من نوع واحد كالزنا المتعدد والسرقات المتعددة والشرب المتعدد : ففى هذه الحالة تتداخل العقوبات المتعددة ويجزى عنها جميعاً عقوبة واحدة فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامه العقوبة عليه وجبت لهذه الجريمة الأخرى عقوبة ثانية أما إذا ارتكب أى جريمة أخرى من نفس النوع قبل تنفيذ العقوبة عليه فإن عقوبة الجريمة الجديدة تتداخل مع عقوبات الجرائم السابقة مادامت جميعاً من نوع واحد والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا للحكم بها فالعقوبات تتداخل مادامت لم تنفذ ولو تعددت الأحكام الصادرة بها أى أن صدور الحكم بعقوبة ما لا يمنع من تداخلها فى عقوبة أخرى .

ويحدث التداخل مادامت الجرائم من نوع واحد ولو اختلفت أركانها وعقوباتها كالزنا من محصن تتداخل عقوبته مع عقوبة الزنا من غير محصن لأن الجريمتين من نوع واحد ولا عبرة باختلاف الأركان ونوع العقوبة ولكن فى مثل هذه الحالة تكون العقوبة الأشد هى الواجبة فمن زنا وهو بكر ثم زنا وهو محصن عوقب على الجريمتين بعقوبة واحدة هى عقوبة الرجم .

الثانية : إن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزى عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى لتحقيق غرض واحد كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير فهذه الجرائم قد حرمت لحماية مصلحة الأفراد فإذا أكل شخص ميتة ثم شرب دماً ثم أكل لحم خنزير تداخلت عقوبات هذه الجرائم الثلاث وأجزأ عنها عقوبة واحدة .

الجب : معنى الجب فى الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التى يمتنع مع

تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ومن ثم فهي في الشريعة العقوبة الوحيد التي تجب ماعداها وهناك خلاف على نظرية الجب ومداها وقد فصلنا القول عن تعدد العقوبات والتداخل والجب فى القسم العام ونكتفى هنا بما ذكرنا[1] .

٥٥٠ — من الذي يقيم الحد ؟ من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد إلا الإمام أو نائبه لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه . وحضور الإمام ليس شرطاً فى إقامة الحد لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازما فقال « اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه » .

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد فى عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد فى عهد الخلفاء إلا بإذنهم ومما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا قوله « أربع إلى الولاة : الحدود والصدقات والجمعات والفىء » والإذن بإقامة الحد إما أن يكون إذنا مؤقتا يصدر بمناسبة كل حالة وإما أن يكون إذنا دائماً يصدر إلى النواب والحكام بإقامة الحد على المحكوم عليهم بحد[2] .

وهناك خلاف بين أبى حنيفة من ناحية ومالك والشافعى وأحمد من ناحية على ما إذا كان للسيد أن يقيم الحد على عبيده ولم نر داعياً للتعرض لهذا المبحث بعد أن ألغى الرقيق فى العالم .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ — المغنى ج ١٠ ص ١٩٧ — الاقناع ج ٤ ص ٢٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٤٦ وما بعدها — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٤

٥٥١ — **علانية التنفيذ** : ويجب أن يقام الحد فى علانية لقوله تعالى ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وتتوفر العلانية دائماً كلما كان الحد رجما إذ المفروض أن عدد الرماة غير محدود وأنه يجب أن يكون من الكثرة بحيث يقضى على المرجوم بسرعة أما فى الجلد فيكفى فى إقامة الحد شخص واحد . ولذلك اختلف فى عدد من يحضر الجلد ففسر البعض كلمة طائفة بأنها شخص واحد ومقيم الحد وقال البعض إنها شخصان غير مقيم الحد وقال البعض إنها أربعة وقال البعض إنها عشرة(١) .

٥٥٢ — **كيفية التنفيذ فى الرجم** : إذا كان المرجوم رجلا أقيم قائماً ولم يوثق بشىء ولم يحفر له ولم يمسك أو يربط سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو إقرار لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولا للجهنية ولا لليهوديين قال أبو سعيد لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا إلى البقيع فوالله ماحفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا ، وإذا هرب المرجوم وكان مقرا لم يتبع وأوقف التنفيذ أما إذا كان مشهوداً عليه اتبع ورجم حتى يموت لكن إذا لم يصبر المرجوم المشهود عليه ولم يمكن إقامة الحد إلا بربطه أما إذا كان المرجوم امرأة فيجيز أبو حنيفة والشافعى الحفر لها إلى صدرها لأن ذلك أسترلها ويأخذ بذلك بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ولكن الرأى الراجح فى مذهب أحمد هو عدم الحفر وهو مذهب مالك .

ويرى أبو حنيفة جواز الحفر للمرأة فى كل حال أما الشافعية والحنابلة القائلون بالحفر فيرون الحفر فى حالة ما إذا كان الحد ثابتا بالبينة فقط فإن كان ثابتا بالإقرار فلاحفر لأن ذلك يعطلها عن الهرب والهرب كما قلنا يعتبر رجوعاً عن الإقرار والرجوع عن الإقرار مسقط للحد وإذا رجمت المرأة دون حفر شدت عليها ثيابها لكى لا تنكشف ولأن ذلك أسترلها(٢) .

(١) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٢٩ ـ المغنى ج١٠ ص١٣٧ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٣٣
(٢) شرح فتح القدير ج٤ ص ١٢٩ ـ المغنى ج١٠ ص١٢٢ ـ أسنى المطالب ج٤ ص١٣٣

والسنة أن يحاط بالمرجوم فيرمى من جميع الجوانب ويرى البعض أن يصف الرماة ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كلما رجمه صف تنحوا وحجة ماقاله على حين رجم شراحة الهمزانية حيث أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة فقال لهم ليس هكذا الرجم إذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف[١].

ويشترط أبو حنيفة عند ثبوت الزنا بشهادة الشهود أن يبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام أو نائبه ثم الناس بحيث لو امتنع الشهود عن البدء سقط الحد عن المشهود عليه ولكن امتناع الشهود لايترتب عليه حدهم لأن متناعهم ليس صريحاً فى رجوعهم عن الشهادة[٢].

ولا يشترط الشافعى وأحمد بداءة الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة وهو رواية عن أبى يوسف من أصحاب أبى حنيفة حيث يرى أن البداءة مستحبة لامستحقة[٣] ولكنهما لايوجبان حضور الشهود والإمام ولايرتبان على التخلف عن الحضور نتيجة ما.

أما مالك فلا يعرف بداءة الشهود والإمام ولايعتبرها سنة مستحبة لأن الحديث الوارد فيها لم يصح عنده[٤].

وحجة أبى حنيفة ماروى عن على لما أراد أن يرجم شراحة الممزانية حيث قال: الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة مافى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الإمام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس وقد تم هذا فى محضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً. كما أن فى الأمر ببداية الشهود احتيال لدرء الحد.

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٢٤ ، ١٣٨

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣

لأن الشاهد قد يجترىء على الشهادة الكاذبة ولكنه لا يجرؤ على القتل إذا علم أنه شهد كاذبا[١] .

ويرتب أبو حنيفة على رأيه أن الشهود إذا امتنعوا من البداءة أو غابوا فلم يحضروا اليوم المحدد للتنفيذ أو ماتوا قبل يوم التنفيذ فإن ذلك يؤدى إلى امتناع التنفيذ ولكن محمدا من أصحاب أبى حنيفة يرى أنه إذا تعذرت البداية من الشهود نفذ الحد كأن كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدى[٢] .

ويشترط أبو حنيفة أن تبقى للشهود أهلية أداء الشهادة عند التنفيذ فلو بطلت الأهلية بفسق أو ردة أو جنون أو عمى أو خرس أو بحد للقذف فلا يقام الحد على المشهود عليه وحجة أبى حنيفة أن طروء أسباب الجرح على الشهادة وقت التنفيذ بمثابة طروئها وقت القضاء وأسباب الجرح عند القضاء تبطل الشهادة ، ولا يرى الأئمة الثلاثة هذا الشرط والعبرة عندهم بالأهلية وقت القضاء لا بعده ورأيهم يتفق مع قواعد القوانين الجنائية الوضعية ويظهر أن أبا حنيفة مقصود من رأيه درء الحد تطبيقا للحديث المشهور «ادرؤوا الحدود بالشبهات» ولكن لا يمكن العمل برأيه الآن مادام التنفيذ ليس من اختصاص الهيئة القضائية على أن بعض شراح القوانين الوضعية يرون جعل التنفيذ مكملا للقضاء وهذا يتفق مع نظرية أبى حنيفة[٣] .

ويقام حد الرجم فى أى وقت فى الصيف وفى الشتاء وفى الصحة والمرض لأنه حد مهلك فلا معنى للتحرز من الهلاك ولكنه لا يقام على الحامل حتى تضع لأن إقامته تؤدى إلى هلاك الولد والحكم لم يصدر ضده وسنتكلم عن التنفيذ على الحامل فيما بعد ويستحسن لكل راجم أن يتعمد مقتلا وأن يتقى الوجه كما يستحسن أن يكون وقف الرامى من المرجوم بحيث لا يبعد عنه فيخطئه وجمع بدن المرجوم للرجم ويختار أن يتقى الوجه لأن الرجم حد مهلك فكلما أسرع بالمحكوم عليه إلى الهلاك كان أولى .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٣ (٢) المراجع السابقة
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٣ - المغنى ج ١٠ ص ١٨٧

ولا يقام الحد فى المساجد اتفاقا ويستحسن أن يقام فى مكان متسع بعيداً عن المساكن حتى لا يؤدى التنفيذ إلى إصابة أحد غير المرجوم .

ويرمى المرجوم بحجارة معتدلة الحجم ومايقوم مقام الحجارة كالمدر والخزف ففى خبر ماعز أنه رمى بالعظام والمدر والخزف ولا يرمى المرجوم بالحصيات الخفيفة حتى لا يطول تعذيبه ولا يرمى بالصخرات الكبيرة لئلا تدمغه فيفوت به التنكيل المقصود والمختار أن تكون ملء الكف .

وليس هناك عدد محدد للحجارة التى يرمى بها المرجوم فقد تصيب الحجارة مقاتله فيموت سريعاً بعد أن يرمى بعدد قليل من الحجارة وقد لا تصيب الأحجار مقتلا إلا بعد وقت فيحتاج الأمر إلى قذفه بعدد كبير من الحجارة والمقصود من الرجم القتل فيرجم المحكوم عليه حتى يقتل ولا يقوم مقام الرجم أى فعل آخر يؤدى للموت كقطع الرقبة بالسيف أو كشنق المرجوم وإذا هلك المرجوم سلمت جثته لأهله ولهم أن يصنعوا بها ما يصنع بسائر الموتى يغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه وبهذا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعد رجم ماعز حيث سئل عما يصنع بجثته فقال « اصنعوا به ماتصنعون بموتاكم » .

٥٥٣ كيفية التنفيذ فى الجلد : يضرب المحكوم عليه بسوط ضربا متوسطا مائة ضربة ويشترط أن لا يكون السوط يابسا لئلا يجرح أو يبرح وأن لا يكون به عقد فى طرفه الذى يصيب الجسم لأنها تؤدى إلى ما يؤدى إليه يبس السوط[١]

ويشترط أن لا يكون للسوط أكثر من ذنب واحد فإذا لم يكن لذلك احتسبت الضربة ضربات بعدد ما للسوط من أذناب ، فإن كان للسوط ذنبان ، احتسبت الضربة بضربتين وإن كان ثلاثة احتسبت الضربة بثلاث ضربات وهكذا[٢]

ويرى مالك وأبو حنيفة أن تنزع عن الرجل المحدود ثيابه إلا ما يستر عورته[٣]

ويرى الشافعى وأحمد أن لا يجرد المجلود من ثيابه وأن يترك عليه

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ــ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٥
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٤

القميص والقميصان أما إن كان عليه فروة أو ملابس شتوية أو جبة محشوة نزعت(١).

ويرى مالك ضربه قاعداً ولا يمسك المرجوم ولا يربط وقت الضرب إلا إذا امتنع فلم يقف أو لم يصبر على الوقوف أو الجلوس فلا بأس فى هذه الحالة بربطه أو إمساكه(٢).

ويضرب الرجل قائما غير ممدود عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد. أما المرأة فتضرب وهى جالسة لأنه أستر لها، ولا يجمع الضرب فى عضو واحد لأنه يفضى إلى تلف ذلك العضو أو تمزيق جلده وهو غير جائز بل يفرق الضرب على سائر الأعضاء إلا الوجه والفرج لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «اتق وجهه ومذاكره» وإلا الرأس لتخوف التلف والهلاك وهذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد وإن كان أبو يوسف يرى ضرب الرأس ضربة واحدة وفى مذهب أحمد يرون اتقاء البطن أيضاً والمواضع الأخرى القاتلة وهو ما يقول به بعض فقهاء الحنفية(٣).

ويرى بعض الشافعية رأى أبى حنيفة وأحمد ولكن البعض يرى مع مالك أن يكون الضرب فى الظهر فقط(٤).

ورأيهما يتفق مع المعمول به فى مصر فى تنفيذ الأحكام التى تصدر بالجلد على رجال الجيش والبوليس فإن الضرب قاصر على الظهر فقط. وحد الجلد فى الزنا أشد الحدود ضرباً لقوله تعالى ﴿ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله﴾ وتفسر الرأفة بتخفيف الضرب ولكن الفقهاء يشترطون أن يكون الضرب بين بين فلا هو بالمبرح ولا بالخفيف وليس للجلاد أن يمد يده بالسوط بعد الضرب لأن مد السوط فى الضرب بمنزلة ضربة أخرى وعليه أن يرفع السوط لأعلى بعد أن يمس جسم المحدود دون أن يستجن وليس للجلاد أن يرفع يده إلى ما فوق رأسه

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح فتح القدير ص ١٢٨ ـ الاقناع ص ٢٤٥ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٨٧

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٦، ١٢٧ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٨٨ ـ مرجع آخر للشافعى عن ضرب الظهر ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٤

ولا يبدى إبطه فى رفع يده لأن الضرب يكون شديداً فى هذه الحالة يخشى منه الهلاك وتمزيق الجلد(١) .

ويشترط فى إقامة حد الجلد أن لا يؤدى إلى هلاك المحدود لأنه حد زاجر لاحد مهلك ، فلا يقام فى الحر الشديد ولا البرد الشديد إذا خشى الهلاك ، ولا يقام على المريض حتى يبرأ ولا على النفساء حتى ينقضى النفاس ولا على الحامل حتى تضع . وهذا ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد. ولكن البعض الآخر يرى أن يؤخر للحمل فقط وأن لا يؤخر الجلد لمرض أو لحر أو لبرد ولكنه يقام بسوط يؤمن معه التلف فإن خشى من السوط أقيم بأطراف الثياب ، وما أشبه مما يتحمله المحدود وعلى هذا فلا خلاف بين الرأيين لأن كلاهما ينظر إلى عدم هلاك المحدود وأن يكون التنفيذ بحيث يحتمله(٢) .

٥٥٤ - التنفيذ على الحامل : من المتفق عليه أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره والأصل فى ذلك حديث الغامدية فقد روى أن امرأة من بنى غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقرة بالزنا وهى حامل وقالت إنها حبلى من الزنا فقال لها « ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك » فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول « إذن لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من يرضعه » فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يا نبى الله فرجمها. وقد جرى صحابة الرسول من بعده على هذا فيروى أن امرأة زنت فى أيام عمر رضى الله عنه فهم عمر برجمها وهى حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجمها . وروى عن على رضى الله عنه أنه قال مثل هذا.

والعلة فى عدم إقامة الحد على الحامل أن فى إقامة الحد عليها فى حال حملها

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٢٨ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٨٨
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٣ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٦ - المغنى ج ١٠ ص ١٤٠ ، ١٤١

إتلافاً لمعصوم وهو الحمل ولا سبيل إليه ، و إذا كانت هى غير معصومة من إقامة الحد فإن من القواعد الأساسية أن لا تزر وازرة وزر أخرى ، وألا تصيب العقوبة غير الجانى والعقوبة التى تصيب الحامل تتعدى إلى حملها وسواء كان الحد رجماً أو جلداً فإنه لاينفذ على الحامل حتى تضع حملها لأنه لايؤمن تلف الولد من سراية الجلد وربما سرى الجلد إلى نفس الأم فيفوت الولد بفواتها .

وإذا وضعت الأم حملها فإن كان الحد رجما لم ترجم حتى تسقيه اللبأ ثم إن كان له من يرضعه أو يتكفل برضاعه رجمت وإلا تركت حتى تفطمه[1].

وإذا وضعت الأم حملها وكان الحد جلداً فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد أن لايقام عليها الحد حتى تشفى من نفاسها وتصبح قوية يؤمن تلفها إن أقيم عليها الحد ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد إقامة الحد فى الحال بسوط يؤمن معه التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالنكول ، يعنى شمراخ النخل وأطراف الثياب وحجة هذا الفريق الآخر أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذى زنا فقال «خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة» . أما حجة القائلين بتأخير الحد ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها فإذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد»[2].

وإذا لم يكن الحمل ظاهراً فلا يؤخر الحد ولو كان من المحتمل أن تكون حملت من الزنا لأن النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهينية ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس: اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم على شراحة ولم يستبرئها وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد فإذا ادعت المرأة الحمل فيرى أحمد و بعض الشافعية قبول قولها وحبسها حتى يتبين

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ١٣٨ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٨ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٧

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ١٤٠ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٩٨ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٣٧

أمرها دون حاجة إلى التحقق من صحة ادعائها لأن الحمل الحديث وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر إقامة البينة عليه فيقبل قولها فيه[١].

ويرى بعض الشافعية وأبو حنيفة أن لا يقبل ادعاء المرأة إلا بعد استطلاع من له خبرة من النساء فيقررن أن ادعاءها صحيح وإلا نفذ عليها الحد[٢].

ويرى مالك أن يؤخر تنفيذ الحد سواء كان جلداً أو رجماً على الزانية المتزوجة إذا مكث ماء الزنا ببطنها أربعين يوماً ولو كان الزوج قد استبرأها وتؤخر أيضاً إذا لم يستبرئها الزوج ولو لم يمض على الزنا أربعون يوماً وتؤخر المرأة فى الحالين لحيضة . أى حتى تحيض مرة واحدة إن أمكن حملها خشية أن يكون بها حمل ويقوم مقام الحيضة . فمن لم تحض بعد مرور ثلاثة أشهر لم تحض فيها بحيث لا يظهر عليها الحمل فإن ظهر عليها الحمل أخرت حتى تضع - أما غير المتزوجة فلا يؤخر تنفيذ الحد عليها إن لم تمض على ماء الزنا أربعون يوماً فى بطنها أو مضى عليه هذه المدة ولم يكن فى الإمكان حملها فإن كان الحمل ممكنا أخر تنفيذ الحد عليها لحيضة على التفصيل السابق[٣].

٥٥٥ - التنفيذ على المريض : إذا كان الحد الواجب على المريض هو الرجم فلا يؤخر الحد بل ينفذ فى الحال لأن الرجم حد مهلك وهو مستحق القتل . أما إذا كان الحد الواجب هو الجلد فالحكم يختلف باختلاف ما إذا كان المريض يرجى شفاؤه أو لا يرجى شفاؤه .

المريض الذى يرجى شفاؤه: إذا كان المريض يرجى شفاؤه فيرى مالك وأبو حنيفة والشافعى وبعض الفقهاء فى مذهب أحمد أن لا يجلد حتى يشفى من مرضه لأن إقامة الحد حال المرض قد يؤدى لتلف المريض وحجتهم ماروى من حديث على حين كلف بجلد أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فوجدها حديثة عهد

---

(١) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - المغنى ج ١٠ ص ١١٤ - الاقناع ج ٤ ص ٢٤٧
(٢) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٤

بنفاس فخشى إن جلدها أن يقتلها فعاد إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له « ياعلى أفرغت » قال أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى يقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد[١] » .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد أن الحد يقام ولا يؤخر لأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة ويحتج هذا الفريق بأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامى بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك فى الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعا[٢] ويعتبر الفقهاء النفاس مرضاً .

المريض الذى لا يرجى شفاؤه: يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن المريض الذى لا يرجى شفاؤه من مرضه يقام عليه الحد فى الحال ولا يؤخر ولكنهم يشترطون أن يقام الحد بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وحجتهم ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بضرب رجل مرض حتى ضنى ضربة واحدة بمائة شمراخ لأنه زنى ولأن المريض الميؤوس من شفائه إما أن يترك لمرضه فلا ينفذ عليه الحد أو ينفذ عليه كاملا فيفضى ذلك إلى موته فتعين التوسط فى الأمر وجلده جلدة واحدة بمائة شمراخ وليس ثمة مايمنع من أن تقوم الضربة الواحدة بمائة شمراخ مقابل المائة ضربة كما قال الله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثا فاضرب ولاتحنث ﴾ فهذا أولى من ترك أو قتل المريض بما لا يوجب القتل[٣] .

ولكن مالكا لا يأخذ بهذا الرأى ويرى ضرب المريض الذى لا يرجى شفاؤه مائة جلدة ولا يرى فى ضربه بالنكال إلا جلدة واحدة.

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٣٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٤١

(٢) المغنى ج ١٠ ص ١٤١

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٤٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٧ ـ أسنى المطالب ٣٤ ،

موانع التنفيذ

٥٥٦ ـ يمتنع التنفيذ إذا جد ما يسقط الحد بعد الحكم به ومسقطات الحد هى :

١ **أولا** : يسقط الحد برجوع المقر عن إقراره إذا كان الزنا ثابتاً بالإقرار سواء كان الإقرار صريحاً أو ضمنياً وقد سبق أن فصلنا الكلام عن الرجوع ومتى يسقط الحد

ثانيا : **عدول الشهود** : ويسقط الحد بعدول الشهود عن شهاداتهم قبل التنفيذ كلهم أو بعضهم مادام عدد الشهود الباقين على شهادتهم أقل من أربعة .

ثالثا : تكذيب أحد الزانيين للآخر أو ادعاؤه النكاح إذا كان الزنا ثابتاً بإقرار أحدهما وهو مذهب أبى حنيفة أما الأئمة الثلاثة فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد وأن ادعاء النكاح لا يسقطه إلا إذا أقام الدليل على وجود النكاح.

رابعا : بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم وهو مذهب أبى حنيفة ولا يوافقه عليه الأئمة الثلاثة .

خامسا : موت الشهود قبل الرجم خاصة وهو مذهب أبى حنيفة أيضاً ولا يأخذ به الأئمة الثلاثة .

سادسا: زواج الزانى من المزنى بها والقائل بهذا هو أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة وحجته أن النكاح يورث شبهة تدرأ الحد لأنه يعطى الزوج حق الملك والاستمتاع ولكن فقهاء المذهب لا يوافقونه على هذا الرأى لأن الفعل وقع زنا وكان سابقاً على الزواج (١)

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢

الكتاب الثاني

القـــذف

تمهيد

٥٥٧ – تعريف القذف : القذف فى الشريعة الإسلامية نوعان : قذف يحد عليه القاذف ، وقذف يعاقب عليه بالتعزير فأما ما يحد فيه القاذف فهو رمى المحصن بالزنا أو نفى نسبه وأما ما فيه التعزير فهو الرمى بغير الزنا ونفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير أيضاً .

والكلام هنا مقصود به جريمة القذف المعاقب عليها بالحد و إن الكلام على هذا النوع من القذف يشمل القذف والسب الذى يجب فيه التعزير وقد سكت الفقهاء عن بيان الفروق بين القذف بنوعيه و بين السب والشتم ، ولكن الظاهر من تتبع أقوالهم وأمثلتهم فى أبواب الزنا والقذف والتعزير أنهم يعتبرون القول قذفاً كلما رمى القاذف المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمى بالزنا والرشوة و يعتبرون القول سباإذا كان مارمى به المجنى عليه ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة كمن قال لآخر : يا كلب ياحمار أو قال لبصير ياأعمى ! فرمى الإنسان بأنه كلب أو حمار ورمى البصير بأنه أعمى هو قول ظاهر الكذب ولا يقبل بداهة إثبات صحته .

٥٥٨ – قاعدة الشريعة فى إثبات القذف والسب : القاعدة فى الشريعة أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن يثبت صحة مارماه

به فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة ، أما من سب إنسانا أو شتمه فعليه العقوبة وليس له الحق فى إثبات صحة ما قال لأن ما قاله ظاهر الكذب ولا يمكن إثباته بطبيعة الحال أما من رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد آذى المقذوف والإيذاء محرم فى الشريعة ولأن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه فلا يصح أن يعزر به .

٥٥٩ - بين الشريعة والقانون : ويختلف قانون العقوبات المصرى عن الشريعة من هذه الوجهة كل الاختلاف فالقاعدة فيه أن ليس لمن قذف إنساناً بشىء أن يثبت صحة ما قذفه به وعليه العقوبة ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه والأساس الذى يقوم عليه القانون المصرى هو حماية حياة الأفراد الخاصة وهو نفس الأساس الذى تقوم عليه القوانين الأوربية لأن مصدرها جميعا واحد هو القانون الرومانى فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ويعاقب الصادق والكاذب على السواء والمبدأ الأساسى فى هذا القانون أنه لا يجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه فإن فعل عوقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرآء من ألسنة الكاذبين الملفقين فإنه يحمى الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين ، وإذا كان هذا المبدأ قد عنى بحماية حياة الأفراد الخاصة فإنه قد أدى إلى إفساد الأفراد والجماعة على السواء لأن القانون حين يعاقب على الصدق لا يمنع الصادق من قوله الحق فقط وإنما يدفعه إلى الكذب ويشجعه على النفاق والرياء كما أن القانون لا يصلح الفرد المعوج السيرة بحمايته وإنما يشجعه بهذه الحماية على الإمعان فى الفساد بل إنه ليغرى كثيراً من الصالحين بسلوك طريق الفساد ما دام أنهم قد أمنوا من التشنيع والانتقاد وهكذا تفسد الجماعة وتهدر الأخلاق الفاضلة لأن القانون يحمى من لا يستحق الحماية على الأخلاق .

بهذا المبدأ الذى قام عليه القانون ينعدم الفرق بين الخبيث والطيب والمسىء والمحسن وينعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب فالطيب لا يستطيع أن ينقذ الخبيث ، والخبيث سادر فى غيه ذاهب إلى نهاية طوره لأنه لا يخشى رقيباً ولاحسيباً من الجماهير . ولا يستطيع امرؤ طبقاً لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها وأن يصف الموصوفات بأوصافها ولا يستطيع أن يقول لمن زنا يازانى ولا يستطيع أن يقول لمن سرق يا سارق ولايستطيع أن يقول للمفترى يا كاذب فإن قالها باء بالعقوبة وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على ما نسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق ذالكم هو مبدأ القانون فى جرائم القول يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر وأن يحطوا من قدر المسىء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان .

وقد شعر واضعو القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه فاستثنوا منه حالات أربع هى :

١ - حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أو مكلف بخدمة عامة فإن الطاعن لايعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسنده إلى المقذوف [١] .

وقد تقرر هذا الاستثناء بإسقاط الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة إذ أن أعمالهم معرضة للانتقاد فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوا .

٢ - *حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب* : فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات لهذه الأقوال فى الأوقات العادية ، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول ما يعرف عن سلوك

---

(١) المادة رقم ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ - **حالة انعقاد البرلمان** : فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدون من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقاً لنص المادة ١٠٩ من الدستور وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا مايشاءون دون تحرج أوخوف من المحاكمة والعقاب و يلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقاً فيما قال أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقاً فيما قال أومختلقاً لما قال .

٤ - **حالة المحاكمة والتقاضى** : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف والسب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

و يلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائياً على قذفه أو سبه سواء كان صادقاً أو كاذبا فيما قال هذا هو مبدأ القانون المصرى فى جرائم القول وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة وهى مستثنيات المبدأ فى مصر وهى لاتكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد إذ بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة .

وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط ، وبعضها يبيح القول الصادق والقول الكاذب معاً ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب . والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة

للجماعة لأن الأفراد هم الذين يكونون الجماعة وإذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون ، ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة تؤدى إلى إفساد أخلاقهم وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم فإنما يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها والموصوفات بأوصافها ، ولاعقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ولا عقاب على من يقول للسارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولاعقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذ لم يعد قول الحق .

وليس لهذا المبدأ استثناءات فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة و ينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ، لأن الشريعة لاتحمى النفاق والرياء والكذب ، ولأن الشخص الذى لايستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس فى حياتهم العامة .

وكل إنسان فى وقت الانتخابات وفى غير الانتخابات يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن وللمسىء هذا مسىء مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء ، وكل إنسان سواء كان عضواً فى البرلمان أو فى أى هيئة أخرى أو كان

عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق له الحق فى أن ينسب مايشاء إلى من شاء مادام يستطيع أن يثبت ماينسبه إلى هؤلاء ، فليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ولا تحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان .

وليس فى الشريعة كما فى القانون مايدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون فى كل الأحوال ، ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفى تميز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذه هى الشريعة الإسلامية تقوم على حماية الحياة العامة من الغش والرياء وحماية الأفراد من مسايرة الأهواء ، وترى الصدق فضيلة تستحق التشجيع لا العقاب وترى أن الفرد الفاسد أحق بأن يتحمل وزر عمله وأن لا يتضرر من نتائجه ، ومن ثم أباحت إثبات القذف فإن استطاع القاذف إثبات ماقال فلا عقاب عليه ، وليس للمقذوف أن يتضرر من القذف لأنه نتيجة عمله هو لا عمل القاذف ، فإن عجز القاذف عن الإثبات فهو ظالم يستحق العقوبة ، ويجب أن نلاحظ أن فى إيقاع العقوبة على القاذف بعد إباحة إثبات القذف له وعجزه عن الإثبات دليل قاطع على عدم صحة القذف ، أما إيقاع العقوبة على القاذف مع منعه من إثبات القذف كما هو الحال فى القانون فإنه لا يبرىء مما يقذف به ، ولا يقطع بكذب القاذف ، ومن هذا يتبين أن نظرية الشريعة أكرم وأفضل للمجنى عليه والجانى من نظرية القانون الوضعى .

وإذا كان القاذف لايعاقب على القذف إذا أثبت صحته فليس معنى ذلك إهدار المقذوف طول حياته بحيث يقذف ولا يعاقب قاذفه وإنما للمقذوف أن يستعيد عصمته بتوبته وصلاحه فإن تاب وصلح حاله عوقب قاذفه عقوبة تعزيرية إذا كان يعلم بتوبة المقذوف وانصلاح حاله ، وكان يقصد من القذف إيذاءه [1] .

بل إن قاذف أى شخص بمعصية يعزر على القذف مادام المقذوف قدعوقب من قبل على معصيته لأن القذف كان لمجرد الإيذاء [2] .

٥٦٠ — **النصوص الواردة فى القذف** : الأصل فى تحريم القذف الكتاب والسنة فأما الكتاب فقول الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ وقوله ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾ .

وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قالوا وماهن يارسول الله ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » .

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

٥٦١ — ذكرنا أن القذف الذى يجب به الحد هو رمى المحصن بالزنا أو نفى النسب عنه وظاهر من هذا التعريف أن أركان جريمة القذف التى يجب بها الحد ثلاثة: ١ ــ الرمى بالزنا أو نفى النسب . ٢ ــ أن يكون المقذوف محصناً ٣ ــ القصد الجنائى .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ ، ٢١٣

الركن الأول

الرمي بالزنا أو نفي النسب

٥٦٢ — يتوفر هذا الركن كلما رمى الجاني المجني عليه بالزنا أو نفى نسبه مع عجزه عن إثبات مارماه به . والرمى بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجنى عليه وقد لايكون فمن قال لشخص يابن الزنا فقد نفى نسبه و رمى أمه بالزنا ومن قال لشخص يازانى فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه . فالرمى بالزنا يكون نفياً لنسب المجنى عليه إذا تعدى القذف لأمه . أما نفى النسب يقتضى دائماً رمى أم المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه أو على غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته[1] .

وإذا كان القذف بغير الزنا أو نفى النسب فلا حد فيه كالقذف بالكفر والسرقة والزندقة أو شرب الخمر أو أكل الربا أو خيانة الأمانة إلى غير ذلك ويعاقب على فعل هذا القذف بالتعزير وكذلك يعزر على القذف بالزنا ونفى النسب إذا لم تستوف شروط الحد .

ويعزر أيضاً على كل قذف لا ينسب فيه للمقذوف معصية ولو كانت وقائع القذف صحيحة .

إذا كان القذف مما يؤلم المقذوف ويؤذى شعوره كأن ينسب للمقذوف أنه عنين أو عقيم أو مجنون أو مريض بالشلل أو السل أو أنه أسود اللون أو بشع الخلقة أو أنه من أسرة وضيعة .

والعبرة فى تحديد الإيلام والإيذاء بما جرى عليه العرف أى بما تعارف عليه الناس . و يعاقب القاذف فى هذه الحالة بالذات سواء صح مانسب للمقذوف أو لم يصح لأنه إذا صح ما نسبه للمقذوف فإنه ليس فيه مايشين ولا ماتحرمه الشريعة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٠ ، ١٩٣ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٥ ، ٨٦ المغنى ج ١٠ ص ٢١٠ ، ٢١٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ — ٢٩١

فالقذف ليس إلا إيذاء المقذوف وإيلام له دون مبرر . وإذا لم يصح مانسبه للمقذوف فإنه وإن لم يكن فيه مايشين أو ماتحرمه الشريعة إلا أنه افتراء يؤلم المفترى عليه ويؤذيه والشريعة تعتبر الإيذاء دون مبرر شرعى جريمة يعاقب عليها والفرق بين هذه الحالة والحالات السابقة التى يعفى فيها من العقاب أن القاذف يؤذى المقذوف ويؤلمه فى كل الأحوال ولكنه يعفى من العقاب فى الأحوال السابقة لأن للإيذاء مبرراً شرعياً وهو إتيان المقذوف ماتحرمه الشريعة أما عن الحالة الأخيرة فليس هناك مبرر شرعى للإيذاء .

والرمى باللواط عند مالك والشافعى وأحمد حكمه حكم الرمى بالزنا لأنهم يعتبرون اللواط زنا واللائط زانياً سواء كان فاعلا أو مفعولا به امرأة أو رجلا فإذا ثبت أن القاذف أراد من القذف أن المقذوف يعمل عمل قوم لوط فعليه الحد . أما أبو حنيفة لايرى حد القاذف باللواط ويرى تعزيره لأنه لايعتبر اللواط زنا ومن ثم لايعتبر الرمى باللواط رمياً بالزنا[1] .

وإذا نسب القاذف للمقذوف أنه لوطى وادعى أنه أراد أن المقذوف من قوم لوط فلا عبرة بادعائه ويجب حد القذف عند مالك ويحده أيضاً الشافعى إلا إذا أراد أنه على دين قوم لوط .

أما أحمد فاختلفت عنه الرواية فروى عنه أنه يوجب الحد على القاذف إذا قال للمقذوف يالوطى . وروى عنه أنه فرق بين ما إذا قال القاذف أردت أن دينه دين لوط وفى هذه لا حد عليه وبين ما إذا قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط وفى هذه عليه الحد ووجه الإعفاء من الحد أن القاذف فسر كلامه بما لايوجب الحد فاعتبر التفسير متصلا بالقذف والقاعدة أن مثل هذا التفسير لو اتصل بعبارة القذف من وقت القذف لم يجب الحد ، أما الرواية الثالثة فيرى أحمد أن القاذف إذا كان فى غضب فهو أهل لأن يقام عليه الحد لأن الغضب قرينة تدل على

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٧ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٠٩ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٩٠

إرادة القذف بخلاف حال الرضا ، والراجح فى المذهب هو الرواية الأولى لأن كلمة لوطى لايفهم منها الآن إلا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فى اللواط صراحة لفظ الزانى فى الدلالة على الزنا ولأن قوم لوط لم يبق منهم باقية فلا يحتمل أن ينسب إليهم أحد[١] .

ومن قذف إنساناً بإتيان بهيمة فعليه الحد عند من يعتبر إتيان البهيمة فى حكم الزنا وهذا مايراه بعض الشافعية والحنابلة ولا حد عليه ولكن يعزر عند من لا يعتبرون إتيان البهائم زنا وهم مالك وأبو حنيفة وأكثر الشافعية والحنابلة[٢]

والقاعدة العامة عند الفقهاء أن كل مايوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به وكل مالا يجب حد الزنا بفعله لايجب الحد على القاذف به فمن قذف إنساناً بالمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة فلاحد عليه وإنما عليه التعزير لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا ومن قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة فلا حد عليه ، وإنما عليه التعزير لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا[٣] .

هذه هى القاعدة العامة عند الفقهاء ومتفق عليها ولكنهم يختلفون فى تطبيقها لاختلافهم فيما يوجب حد الزنا .

ويرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن الوالد وإن علا إذا قذف ولده وإن نزل لم يجب عليه الحد سواء كان القاذف رجلا أو امرأة لأن عقوبة القذف وإن كانت حداً إلا أنها متعلقة بحقوق الأفراد ولأن القذف حق لاتستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص وإذا كان من المسلم به أن الإبن لايقتص من الأب ولا يقطع فى سرقة

---

(١) تراجع المراجع السابقة .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٧٨ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٥ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ – المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ ، ٢١٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢١٠ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٦ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ – المهذب ج ٢ ص ٢٨٩

ماله فأولى أن لا يحد فى قذفه ، ويرتب أصحاب هذا الرأى على ما يقولون أن الوالد لو قال لولده من زوجته المتوفاة يا ابن الزانية لم يكن للولد أن يرفع على والده الدعوى لكن إذا كان لها ابن آخر من غيره استطاع أن يرفع دعوى القذف لأن حد القذف يثبت لكل من المستحقين على الانفراد ويترتب على هذا الرأى أيضاً أنه لو قذف الزوج زوجته فى حياتها فرفعت دعوى القذف ثم ماتت قبل الحكم فيها ولم يكن لها ورثة غير أولادها من الزوج القاذف فإن الدعوى تسقط حتى عند من لا يسقطون الدعوى بالوفاة . لأن ورثة المتوفاة أولاد القاذف وليس لهم أن يطالبوه بحد القذف « الدعوى تسقط دائماً عند أبى حنيفة بالوفاة وليس للورثة أن يحلوا محل المقذوف لأن حق القذف ليس من الحقوق المالية التى تورث »[1] .

وفى مذهب مالك رأيان : أحدهما يتفق مع الرأى السابق . وثانيهما : للابن أن يطالب أباه بحد القذف لأن نص القذف عام فينطبق على الأب كما ينطبق على غيره . ولأن العقوبة حد والحد حق الله فلا يمنع من إقامتها قرابة الولاد ولكن القائلين بهذا الرأى يسلمون بأن الابن يفسق بمطالبته بحد أبيه أى أن عدالة الإبن تسقط لمباشرته سبب عقوبة أبيه لأن الله تعالى يقول ﴿ ولا تقل لهم أف ولا تنهرهما ﴾ و يقول ﴿ وبالوالدين إحسانا ﴾[2] .

ولا يشترط فى القذف أن يكون بلغة معينة فيصح أن يكون باللغة العربية و يصح أن يكون بغيرها من اللغات ويشترط فى القذف أن يكون صريحا وصريح القذف مالا يحتمل غيره فإن احتمل غيره فهو كناية أو تعريض . فمن قال يا زانى أو أنت زان ، فقد جاء بقذف صريح وإن قال أبوك زان أو أمك زانية أو يا ابن الزانى أو يا ابن الزانية فهو قذف صريح للأم والأب وإن قال يا ابن الزنا أو ياولد الزنا كان قذفاً صريحاً أيضاً لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا . أما

---

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٧ ــ المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ ــ المغنى ج ١٠ ص ٢٠٨
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص١٩٧ ــ المغنى ج ١٠ص٢٠٨ ــ شرح الزرقانى ج٨ ص٨٧

إن قال ما أنا بزان وليست أمي بزانية أو قال يا ابن منزلة الركبان أو ذات الراية أو قال لامرأة : فضحت زوجك وجعلت له قرونا أو أفسدت فراشه ونكست رأسه فذلك هو التعريض أو الكناية .

ولا خلاف فى أن القذف الصريح معاقب عليه بعقوبة الحد أما القذف القائم على التعريض والكناية فمختلف على عقوبته فيرى أبو حنيفة وما يراه رواية من مذهب أحمد : أن لا حد على القذف بالتعريض أو الكناية وإنما فيه التعزير ، وحجة أصحاب هذا الرأى ما روى أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن امرأتى ولدت غلاماً أسود يعرض بنفيه فلم يعاقبه الرسول على ذلك القول وأن الله تعالى فرق بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض بها من العدة وحرم التصريح فقال جل شأنه ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفاً ﴾ فإذا كان الشرع قد فرق بين التعريض والتصريح فيما يعزر عليه فأولى أن يفرق بينهما من أن يعاقب عليه بعقوبة الحد التى تدرأ بالشبهات وفضلا عن ذلك فإن التعريض والكناية يحتمل غيره والاحتمال شبهة والحدود تدرأ بالشبهات [١] .

والأصل عند الشافعى أن لا حد إلا فى القذف الصريح ولكنه يوجب الحد من القذف بالتعريض والكناية إذا ثبت أن القاذف نوى بما قال القذف لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح أما إذا لم ينو بما قاله من تعريض أو كناية القذف لم يجب الحد سواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها لأنه يحتمل القذف وغيره فلم يجعل قذفاً من غير نية [٢] .

ويرى مالك الحد فى القذف بالتعريض أو الكناية إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف ولكنه يستثنى من ذلك الأب فإذا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ١٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٢١٣

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠

عرض الأب بولده أو قذفه بالكناية فلا حد عليه لبعده عن التهمة فى قذف ولده أما إذا صرح فعليه الحد . و يعتبر مالك الخصام من القرائن على القذف فمن قال فى خصام لآخر ما أنا بزان فكأنه قال يازانى أوقال أما أنا فلست بلائط فكأنه قال يالائط أو قال أما أنا فأبى معروف فكأنه قال أبوك ليس بمعروف [1] .

وهناك رواية أخرى عن أحمد بأن القاذف تعريضاً أو كناية عليه الحد وحجة أصحاب هذا الرأى أن النص عام فى عقاب القاذف فإذا ثبت القذف فقد وجب الحد سواء كان القذف صريحاً أو تعريضاً أو كناية وأن هذا هو قضاء عمر فقد شاور عمر الصحابة فيمن قال لصاحبه ما أنا بزان ولا أمى بزانية فقالوا قد مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه وجلده الحد . ومن المشهور عن عمر أنه كان يجلد الحد فى التعريض ، وأنه قضاء عثمان . وروى الأثرم أن عثمان جلد رجلا قال لآخر ياابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه ، والوذرقدر اللحم يعرض به بقذف الرجال . ولأن الأصل أن الكناية مع القرينة الصادقة إلى أحد محتملاتها كالصريح الذى لايحتمل إلا ذلك المعنى . و يرد هذاالفريق على القائلين بأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يعاقب على التعريض بأن العقاب فى القذف معلق على الشكوى من المقذوف ، وأن النبى لم يعاقب من عرض بزوجته لأنها لم تتقدم بالشكوى [2]

ولا يشترط لعقوبة الحد أن يتلفظ القاذف بعبارات القذف بل يكفى لعقابه أن يصادق عليها ، فمن قال لآخر أمك زانية فقال ثالث صدقت كان كلاهما قاذفا .

و إذا قال رجل لآخر أشهد أنك زان أو أنك تنسب لغير أبيك ، فقال ثالث وأنا أشهد بمثل ما شهدت به كان الأول والثالث قاذفين وعليهما الحد [3]

ولا يعفى القاذف من عقوبة الحد إن كان قذفه جاء رداً لقذف وجهه إليه

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٧ ــ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠١

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ١٩١ ــ المغنى ج ١٠ ص ٢١٣

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ ــ المغنى ج ١٠ ٢١٥

المقذوف ، فمن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت ، فإنهما يحدان ولا يسقط الحد بتبادل القذف ولا بتكافؤ السيئات [(١)] .

ولكن القاذف يعفى من الحد إذا صدقه المقذوف ، فمن قال لأجنبية عنه أنت زانية فقالت بك زنيت فلا حد عليه وعليها حدان ، حد الزنا لاعترافها به وحد القذف لقذفها الرجل بالزنا . أما إذا صدر هذا القول من الرجل لزوجته فلا حد على أحدهما : لا حد على الرجل لأنها صدقته ، ولا حد عليها لأنه يجوز أن تكون زانية حقيقة ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا كما يقول الرجل لغيره سرقت فيقول معك سرقت ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ولأنه يجوز أن يكون معناه ماوطئنى غيرك فإن كان ذلك زنا فقد زنيت ، فهذه الاحتمالات معناها الشبهة فى مؤدى قولها ولا حد مع شبهة [(٢)] .

وإذا استعمل القاذف أفعل التفضيل فى القذف فقال مثلا أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فعليه الحد عند مالك وأحمد [(٣)] .

أما فى مذهب أبى حنيفة فيرى البعض الحد ولا يراه البعض الآخر وحجتهم أن أفعل يستعمل فى الترجيح للعلم فكأنه قال أنت أعلم منى بالزنا وحجة الفريق الأول أن استعمال أفعل التفضيل قذف لأن معناه أن فلانا زان وأنت أزنى منه وأن فى الناس زناة وأنت أزنى منهم [(٤)] .

ويرى الشافعى أنه إذا قال لغيره أنت أزنى من فلان أو أنت أزنى الناس لم يكن قذفا من غير نية لأن لفظة أفعل لا تستعمل إلا فى أمر يشتركان فيه ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية .

وما ثبت أن فلانا زان ولاأن الناس زناة فيكون هو أزنى منهم ، وإن قال

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠١ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٧

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٢ . المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ . شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢١٥ ، ٢١٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢١٦

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ ، ٢١١

فلان زان وأنت أزنى منه أو أنت أزنى زناة الناس فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه [١] .

وإذا قال القاذف لشخص أنت أزنى من فلان فهو قاذف لهذا الشخص ولكن هل يكون قاذفاً لفلان أيضاً؟ ... فيه وجهان : أولهما : يكون قاذفاً له لأنه أضاف الزنا إليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر فإن لفظة أفعل للتفضيل فيقتضى اشتراك الاثنين فى أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، ثانيهما: يكون قاذفاً للمخاطب خاصة لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى ﴿ أفمن يهدى إلى الحق أحق أن يتبع أم من لا يهدى إلا أن يهدى ﴾ وقال تعالى ﴿ فأى الفريقين أحق بالأمن ﴾ وقوله على لسان لوط ﴿ هؤلاء بناتى هن أطهر لكم ﴾ أى من أدبار الرجال ولا طهارة فى أدبار الرجال . ويلاحظ أن الشافعى يشترط لاعتبار القول قذفاً أن يريد القـــائل القذف وأن بعض الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة لايعتبرون ذلك قذفاً كما ذكرنا فى الفقرة السابقة [٢] .

وإذا استعمل القاذف فى القذف ألفاظاً مشتركة تفيد الزنا وتفيد غيره كقوله زنأت فى الجبل بالهمزة ، فيرى البعض أن العبرة بما يفهمه عامة الناس من العبارة وأنه قذف لأن عامة الناس لايفهمون من العبارة إلا أنها قذف ، وقال البعض إنه قذف إذا كان القاذف عامياً وكان المعنى العامى يستعمل فى القذف لأنه لايريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العلم باللغة فهو ليس قذفاً [٣]

واستعمال صيغة المبالغة أو صيغة الترخيم لاينفى وجوب الحد على القاذف فمن قال لرجل يازانية أو قال لامرأة يازانى فهو قذف صريح وذلك هو رأى مالك والشافعى وأحمد [٤] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢١٦

(٣) المغنى ج ١٠ ص٢١٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ص ٢٠٠ ـ المهذب ج ١٠ ص ٢٩١

(٤) مواهب الجليل ج٦ ص ٣٠٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢١٧

ويرى أبو حنيفة وأصحابه حد القاذف لو قال لامرأة يازانى لأن الترخيم شائع ولا يمكن أن يفهم من هذا اللفظ إلا الرمى بالزنا ، أما إذا استعمل القاذف صيغة المبالغة فقال للرجل يازانية فلاحد عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف و إنما عليه التعزير لأنه رماه بما يستحيل منه إذ الزانية هى المرأة وهى محل للوطء والرجل ليس محلا له ، ويرى محمد من أصحاب أبى حنيفة حد القاذف بصيغة المبالغة لأن التاء فى الزانية أضيفت للمبالغة وليست للتأنيث (١) .

وإذا رمى القاذف رجلا بالزنا وعين المزنى بها كأن قال زنيت بفلانة فهو قاذف للرجل والمرأة معاً أو قال له يازانى ابن الزانى وكان الأب موجوداً فهو قاذف للأب وابنه أو قال لامرأة يازانية بنت الزانية فهو قاذف المرأتين (٢) .

ويشترط فى القذف أن يكون المقذوف معلوماً فإن كان مجهولا فلا حد على القاذف ، فمن قال لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد أو قال لرجلين أحدكما زان لم يحد لأن المقذوف مجهول وما جعل الحد إلا لدفع العار عن المقذوف (٣) .

ويجب أن يكون القذف مطلقاً عن الشرط والإضافة إلى وقت معين ، فإن كان كذلك فلا حد فيه لأن ذكر الشرط والوقت يمنع وقوعه قذفاً للحال فمن قال لآخر إن دخلت هذه الدار فأنت زان فدخلها فلا يعتبر قاذفاً . ومن قال لآخرين من قال عنى كذا وكذا فهو زان فقال رجل أنا قلت ذلك فلا حد ، ومن قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غداً أو رأس الشهر ، فجاء الغد أو رأس الشهر فلا حد عليه .

ولا يعتبر نقل القذف قذفاً من الناقل إذا نقله للمقذوف كلف بذلك أم لم يكلف به ، بشرط أن يثبت أنه ناقل وأن تكون الصيغة دالة على أنه مكلف

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢١٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٢
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٠ ـ بدائع الصنائع ص ٤٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٣
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٢٥

بالنقل أو أنه يروى عن غـــيره ، فمن قال لآخر اذهب إلى فلان فقل له يازانى فذهب الآخر وقال ذلك للمقذوف فلا حد عليه أما إذا اقتصر على عبارة القذف فقط فهو قاذف . ويرى كل من أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن الناقل لا يعتبر قاذفاً ولو كذبه المنقول عنه ، ولـكن مالـكا وبعض أصحاب أحمـــد يعتبرون الناقل قاذفاً إذا كذبه المنقول عنه حيث لم يثبت أنه ناقل[1] .

وإذا رمى القاذف بالزنا خصيا أو مجبوباً أو مريضاً فعليه الحد عند أحمد وحجته أن نص القذف عام ينطبق على كل قذف وكل مقذوف فيستوى أن يكون المقذوف قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه لأن إمكان الوطء أمر خفى لا يعلمه الـكثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد ، ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعى أن لا حد على قاذف أحد هؤلاء مادامت الواقعة المقذوف بها تالية للعجز عن الوطء لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفى العار ولـكن امتناع الحد لا يمنع من تعزير القاذف لأنه آذى المقذوف[2] .

ويشترط أبو حنيفة لحد القاذف أن يكون القذف فى دار الإسلام فإن كان القذف فى دار الحرب أو فى دار البغى فلا حد على القاذف لأنه لا ولاية للامام على دار الحرب ولا على دار البغى وقت القذف[3] .

ولـكن الأئمة الثلاثة يرون حد القاذف على قذفه ولو وقع فى دار الحرب أو دار البغى مادام أنه يلتزم أحكام الإسلام .

ومن نفى شخصاً عن أبيه كأن قال له لست لأبيك فإنه يحد باتفاق ولـكن أبا حنيفة يشترط أن تـكون أم المنفى نسبه حرة مسلمة لأن القذف فى الحقيقة قذف للأم ويفرق بين ما إذا كان النفى فى حالة الغضب فيوجب الحد وبين ما إذا

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢١٦

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩١ المغنى ج ١٠ ص ٢٠٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٤

كان النفى فى غير حالة الغضب فلا يوجب الحد لاحتمال أن يكون المراد بالنفى غير حقيقة كأن يكون المقصود المعايبة على عدم التشبه بالأب فى محاسن أخلاقه وعلى هذا يتوقف الحد وعدمه على القرينة ، وهذا يتفق مع رأى بعض الشافعية أما البعض الآخر فهم يرون مع مالك وأحمد الحد سواء نفى النسب فى غضب أو غيره ، ويرى أبو حنيفة أيضاً أن من نفى نسب شخص عن جده فقال لست ابن فلان لجده ، فلا حد عليه لأنه صادق فى كلامه ، ولأن الإنسان ليس ابن جده . وكذلك إذا نسب شخصاً لعمه أو خاله أو زوج أمه لايحد لأن كلا منهم يسمى أباً ، فالعم يسمى أبا لقوله تعالى ﴿ وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ﴾ وإسماعيل كان عماً له ، والخال أب ولأن زوج الأم أب للتربية[1] . ولكن مالكا يرى الحد فى كل هذه الحالات[2]

ولا يشترط الشافعى وأحمد هذا الشرط ، ويحد القاذف عندهما ولو لم تكن الأم حرة أو مسلمة وقد توقف مالك فى حالة ما إذا كانت الأم كافرة أو أمة ورأى ابن القاسم أن يحد من ينفى النسب ولو كانت الأم كافرة أو أمة[3] أما من ينفى شخصاً عن أمه فلا حد عليه بالإجماع لأنه لم يقذف أحداً بالزنا[4] ومن نفى شخصاً عن قبيلته فعليه الحد عند مالك وأحمد ولا حد عليه عند أبى حنيفة[5] وفى مذهب الشافعى قولان ومن نفى شخصاً عن جنسه بأن قال له أنت نبطى أو رومى أو لست عربياً فعليه الحد عند مالك ولا حد عليه عند أبى حنيفة وفى مذهب الشافعى وأحمد قولان : أحدهما عليه الحد لأنه أراد نفى نسبه لأن الله تعالى علق الحد على الرمى بالزنا ، والثانى لاحد عليه لأنه يحتمل غير القذف احتمالا كثيرا[6] أما إذا كان المنفى جنسه غير عربى فلا حد عليه .

---

(١) شرح فتح القدير ص ١٩٤ ، ٢٠٠ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠، ٣٠١

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢١٥ المهذب ج ٢ ص ٢٩١ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ (٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤

(٥) شرح فتح القدير ص ١٩٩ المغنى ج ١٠ ص ٢١٥

(٦) شرح الزرقانى ج٨ ص ٨٨ ، ٨٩ - المهذب ج٢ ص ٢٩١ - المغنى ج ١٠ ص ٢١٥

وإذا قذف الملاعنة أجنبي فعليه الحد عند مالك والشافعي وأحمد[١] و يفرق أبو حنيفة بين من لاعنت بولد ومن لاعنت بغير ولد فمن قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد أما من قذف ملاعنة بولد فلا حد عليه سواء كان الولد حياً أو ميتاً وقت القذف[٢] .

ومن قذف شخصاً بالزنا فحد لقذفه ثم قذفه ثانية بذلك الزنا فلا يحد بالقذف الثاني وإنما عليه التعزير عند الشافعي وأحمد لأن نفي العار عن المقذوف وتكذيب القاذف قد تم بالحد الأول .

ولأن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضي الله عنه ثم أعاد القذف فأراد أن يجلده ثانية فقال له علي إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضي الله عنه جلده ومعنى عبارة علي أنك إن أردت أن تجلده ثانية فقد جعلت شهادته شهادتين وإذا كانت شهادته شهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم لأن أبا بكرة ومن معه حدوا لنقص عدد الشهود واحداً[٣] أما مالك فيرى أن يحد مرة ثانية إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول[٤] .

الركن الثاني

إحصان المقذوف

٥٦٣ — يشترط في المقذوف أن يكون محصناً رجلا كان أو امرأة والأصل في شرط الإحصان قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم ﴾ والمقصود

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ — المغني ج ١٠ ص ٢٢٥ — المهذب ص ٢٩٣
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٣
(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٣٤ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٣
(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٨

بالإحصان فى الآية الأولى العفة عن الزنا على رأى[1] والحرية على رأى[2] . ومعنى الإحصان فى الآية الثانية الحرية فالمحصنات معناها الحرائر والغافلات معناها العفائف والمؤمنات معناها المسلمات وقد استدل الفقهاء من النصين على أن الإيمان أى الإسلام والحرية والعفة عن الزنا شروط فى الإحصان .

وقد ورد لفظ المحصنات فى القرآن بمعان متعددة فوردت بمعنى العفائف على حسب ما بينا وجاءت بمعنى المتزوجات كقوله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم ﴾ وقوله ﴿ محصنات غير مسافحات ﴾ .

وجاءت بمعنى الحرائر فى قوله تعالى ﴿ من لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ وفى قوله ﴿ والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ وقوله ﴿ فعليهن نصف ماعلى المحصنات من العذاب ﴾ وجاءت بمعنى إسلام فى قوله تعالى ﴿ فإذا أحصن ﴾ .

ويعتبر الشخص محصناً إذا كان بالغاً عاقلا حراً مسلماً عفيفاً عن الزنا ، والبلوغ والعقل شرطان عامان يجب توفرهما فى الجانى فى كل جريمة ولا يجب توفرهما أصلا فى المجنى عليه ولكن الفقهاء يشترطون البلوغ والعقل أيضاً فى المقذوف وهو المجنى عليه لاعتباره محصناً يعاقب على قذفه بالحد وعلة اشتراط البلوغ والعقل فى المقذوف أنه يرمى بالزنا وهو جريمة لاتقع إلا من بالغ عاقل ولأن زنا الصبى والمجنون لايجب فيه الحد ولكن الفقهاء مع هذا يختلفون فى شرط البلوغ فيرى أحمد فى رواية أن البلوغ شرط فى الإحصان لأنه أحد شرطى التكليف فأشبه العقل ولأن زنا الصبى لايوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به ويرى أحمد فى رواية أخرى أن البلوغ ليس شرطاً فى الإحصان مادام المقذوف عاقلا عفيفاً يتعير بالقذف ومادام القذف يمكن صدقه أى من الممكن أن يأتى المقذوف الواقعة التى قذف فيها فيستطيع الوطء إن كان ذكراً ويطيق الوطء إن كان أنثى فعلى هذه الرواية يجب أن يكون المقذوف كبيراً يجامع مثله ولو لم يكن

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٠١ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠

بالغاً ويحددون السن الأدنى للغلام بعشر سنوات وللجارية بتسع[١] .

ولا يشترط مالك البلوغ في الأنثى ولكنه يشترطه فى الغلام ويعتبر الصبية محصنة إذا كانت تطيق الوطأ أو كان مثلها يوطأ ولو لم تبلغ فعلا[٢] لأن الحد جعل لنفى العار ومثل هذه الصبية يلحقها العار أما أبو حنيفة والشافعى فيشترطان البلوغ من المقذوف ذكراً كان أم أنثى[٣] .

ومن المتفق عليه أن يكون المقذوف مسلما رجلا كان أو امرأة ولكنهم اختلفوا فى حالة نفى النسب إذا كانت أم المنفى نسبه رقيقاً أو غير مسلمة لأن نفى النسب عن ولدها المسلم ليس إلا رميا لها بالزنا فاشترط أبو حنيفة فى حالة نفى النسب أن تكون الأم مسلمة وأن تكون حرة فإن لم تكن كذلك فلا حد على القاذف[٤] .

وفى مذهب مالك لايشترط فى أم المنفى نسبه أن تكون مسلمة أو حرة ويجب عندهم الحد على القاذف ولو كانت أم المنفى نسبه كافرة أو أمة[٥] وهو رأى ابن القاسم أما مالك فقد توقف فى هذه المسألة ورأى الشافعى وأحمد يتفق مع ماقال به ابن القاسم فى مذهب مالك[٦] .

ومعنى العفة عن الزنا عند أبى حنيفة أن لا يكون المقذوف وطىء فى عمره وطئاً حراماً فى غير ملك ولا نكاح أصلا ولا فى نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه فإن كان قد قبل شيئاً من هذا سقطت عفته سواء كان الوطء زنا موجباً للحد أم لا وإن كان وطىء وطئاً حراماً ولكنه فى ملك أو فى نكاح صحيح أو فى نكاح فاسد فساداً غير مجمع عليه فلا تسقط عفته فإذا وطىء مثلا امرأة زفت عليه غير امرأته سقطت عفته للوطء الحرام فى غير ملك ولا نكاح ولكنه لايحد

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٠٢ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٨ ، ٣٠٠ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٨٩ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٢ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٣ .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ (٦) المغنى ج ١٠ ص ٢١٥ .

على الزنا لقيام دليل ظاهر استباح به الفعل أما إذا وطىء زوجته النفساء أو الحائض أو الصائمة أو المحرمة أو التى ظاهر منها لم تسقط عفته لقيام النكاح حقيقة ولو أن الوطء فى ذاته محرم(١).

والعفة عند مالك هى سلامة المقذوف من فعل الزنا قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده عليه لأن ثبوت الحد يستلزم فعل الزنا(٢) وعلى هـذا يشترط فى المقذوف لاعتباره عفيفا أن لا يكون قد وطىء وطئاً يوجب حد الزنا وأن لا يكون قد ثبت عليه حد الزنا فإن كان قد فعل شيئاً من هذا أو ثبت عليه حد الزنا فهو غير عفيف . وإن كان قد وطىء وطئاً محرماً لا حد فيه فهو عفيف .

ومعنى العفة عند الشافعى هى سلامة المقذوف قبل القذف وبعده عن فعل ما يوجب حد الزنا عليه فإن أتى ما يوجب حد الزنا فهو غير عفيف . أما إن وطىء فى غير ملك وطأ محرماً لا يجب به الحد كمن وطىء امرأة ظنها زوجته أو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ففيه وجهان أحدهما : أنه وطء محرم لم يصادف ملكا فيسقط العفة والإحصان كالزنا ، وثانيهما : أنه وطء لا يجب به الحد فلا يسقط العفة والإحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض(٣).

ولا يشترط أحمد العفة المطلقة كما يشترطها أبو حنيفة ولا العفة الفعلية عن الزنا كما يشترطها مالك والشافعى وإنما يكتفى بالعفة الظاهرة عن الزنا فمن لم يثبت عليه الزنا ببينة أو إقرار ومن لم يحد للزنا فهو عفيف وإن كان تائبا من زنا أو ملاعنة(٤).

ويرى مالك وأبو حنيفة والشافعى أن يكون الإحصان متوفراً قبل القذف وبعده حتى تنفذ العقوبة فمن قذف محصناً فلا حد عليه إذا ارتكب المحصن قبل تنفيذ الحكم ما يجعله مثلا غير عفيف وإنما على القاذف التعزير . ولكن أحمد

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ (٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٠ (٤) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٠.

يرى عليه الحد لأن الإحصان لا يشترط إلا وقت القذف ولا يشترط بعده[1] وحجة الأئمة الثلاثة أن شروط الإحصان تعتبر إلى حالة إقامة الحد بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم عليه الحد ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه . أما أحمد فيرى أن الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شروط الوجوب وأن القول باستدامة الشروط قول غير صحيح لأن هذه الشروط للوجوب فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب فقط . أما إذا جن من وجب له الحد فإن الحد لا يسقط وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة فأشبه ما لو غاب من له الحد ، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لأن حقوقه وأمواله تزول أو تكون موقوفة[2] .

وإذا تخلف شرط من شروط الإحصان فى المقذوف فلا حد على القاذف وإنما عليه التعزير إذا عجز عن إثبات القذف ، فمن قذف مجنوناً أو كافراً أو رقيقاً فعليه التعزير .

الركن الثالث
القصد الجنائى

٥٦٤ ـ يعتبر القصد الجنائى متوفراً كلما رمى القاذف المجنى عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح . ويعتبر عالما بعدم صحة ما رماه به مادام قد عجز عن إثبات صحته ، ويعتبر العجز عن صحة القذف قرينة لا تقبل الدليل على علمه بعدم صحة القذف ، فليس له أن يدعى أنه بنى اعتقاده على صحة القذف على أسباب مقبولة لأنه كان يجب عليه قبل أن يقذف المجنى عليه أن يكون الدليل المثبت للقذف حاضراً فى يده ، وهذا هو ماقاله الرسول صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحمار « ايت

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٠ . المغنى ج ١٠ ص ٢١٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٤ وما بعدها (٢) المغنى ج ١ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وإلا فحد فى ظهرك » مع أن هلال شهد واقعة الزنا بنفسه ولم يخلصه من الحد إلا نزول حكم اللعان وهذا هو مايدل عليه نص القرآن الصريح فى قوله تعالى ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ﴾ .

ولعل هذا هو الذى جعل جمهور الفقهاء يقولون بحد شهود الزنا باعتبارهم قذفة إذا كانوا أقل من أربعة ، وإذا كان البعض لايرى حدهم فإنه لايرى حدهم إذا جاءوا مجيء الشهود أى إذا تقدموا للشهادة خشية لله دون دافع شخصى فأما إن جاءوا مجيء القذفة فلا خلاف فى حدهم

ولا يشترط بعد ما تقدم أن يقصد القاذف الإضرار بالمجنى عليه ولا عبرة بالبواعث التى حملته على القذف .

هل تشترط العلانية فى القذف ؟

٥٦٥ ـ لاتشترط الشريعة الإسلامية العلانية فى القذف كما تشترطها القوانين الوضعية ومن ثم تعاقب الشريعة القاذف سواء قذف المجنى عليه فى محل عام أو محل خاص على مشهد من الناس أو فيا بينهما فقط .

وأساس عدم اهتمام الشريعة بالعلانية أنها تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لاتتغير بتغير الظروف فقيمته أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس، وحرصه على كرامته فى السر يجب أن لايقل عن حرصه على كرامته فى العلانية ، والشريعة توجب على المرء أن يكون سره كعلنه وتعيب أناساً بأنهم يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ماظهر منها ومابطن والإثم والبغى بغير الحق وتدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه ولهذا فهى لاتميز بين جريمة ارتكبت فى السر وأخرى فى العلانية لأن الجريمة فى الشريعة محرمة لذاتها لا لظروفها فمن ارتكب جريمة فى السر لم يشهدها أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية على ملأ من الناس .

أما القوانين الوضعية فلها شأن آخر إذ تميز بين أفعال القذف التي ارتكبت علنا وأفعال القذف التي ارتكبت في غير علانية ، وتعاقب على الأولى دون الثانية ، فهي تعاقب إذا عاقبت لأن القذف في الغالب سمعه فريق من الناس ولا تعاقب في غير العلانية لأن القذف لم يصل إلى أسماع الكثيرين من الناس .

وهكذا تزن القوانين كرامة الإنسان بميزانين وتجعل له قيمتين ، فتحافظ على كرامته وقيمته إذا مست وانتقصت قيمته أمام الناس وتهدر كرامته وقيمته إذا مست وانتقصت دون أن يشتهر ذلك بين الناس وهكذا تفرض القوانين الوضعية على الناس حياة الرياء والنفاق وتصرفهم عن الجوهر وتغريهم وتجعل منهم أشخاصا لا كرامة لهم ولا عزة فيهم وتعلمهم أن يستحلوا لأنفسهم ما يشاءون في الخفاء وأن يتظاهروا بالبراءة والطهارة وأن لا يغضبوا لكرامتهم ولا يثوروا إذا مست في الخفاء وأن يتظاهروا بالغضب إذا مست في علانية .

والمبدأ الذي أخذت به القوانين الوضعية في العلانية متمم لمبدأ عدم جواز إثبات القذف وكلاهما أساسه فرض حياة الرياء والنفاق على الناس لأن معنى عدم جواز الإثبات هو أن يعاقب الصادق والكاذب على السواء وأن لا يستطيع إنسان أن يقول الحق ويصف الناس والأشياء وصف حق إلا إذا عرض نفسه للعقاب ، فإذا لم يرد أن يكون عرضة للعقاب وجب عليه أن يعيش كاذبا لا يقول الحق ولا يعرف الصراحة .

ومبدأ الشريعة في عدم اشتراط العلانية متمم لمبدأ جواز إثبات القذف ، كلاهما أساسه فرض الحياة الفاضلة على الجمهور وأخذه بالاستقامة والاعتزاز بالكرامة ، وشتان بين توجيه الشريعة وتوجيه القانون ، فالشريعة تعاقب على الجريمة لذاتها لا لظروفها، بينما القانون يعاقب على ظروف الجريمة ولا يهتم بذات الجريمة. والشريعة لا تحمي الفاسقين المفسدين من السنة الصادقين المصلحين بينما تحمي البرءاء الغافلين من ألسنة الكاذبين المدعين . أما القانون فيتكفل بحماية

الفاسقين المفسدين ولو تبين فسقهم وفسادهم و يعاقب الصادقين المصلحين ولو ثبت صدقهم وصلاحهم ثم هو بعد ذلك لا يسمح للبرءاء الغافلين أن يبرئوا أنفسهم مما ادعاه عليهم الكاذبون ، لأن عقاب القاذف دون أن يسمح له بإثبات قذفه يؤدى إلى منع المقذوف من إثبات براءته فيعاقب القاذف لمجرد القذف سواء كان صحيحاً أم كاذباً و يبقى المقذوف البرىء وقد لصقت به الفرية لا يستطيع منها فكاكاً ولا خلاصا .

المبحث الثانى

فى دعوى القذف

٥٦٦ — يشترط فى إقامة دعوى القذف مخاصمة المقذوف أى أن يتقدم المقذوف بشكواه فإذا قدمت الشكوى من غيره لم يجز أن تقام الدعوى على أساس شكوى الغير ؛ كذلك لو تقدم الشهود بشهاداتهم حسبة لله لم تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى لا تقوم إلا بشكوى المقذوف .

ومن المسلم به بين الفقهاء أن القذف حد من حدود الله ، والقاعدة العامة فى الشريعة أن خصومة المجنى عليه ليست شرطاً فى إقامة دعوى متعلقة بحد من الحدود ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة العامة حد القذف و يوجبون فى إقامة دعوى القذف خصومة المجنى عليه ناظرين إلى أن الجريمة وإن كانت حداً إلا أنها تمس المقذوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالا وثيقا ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبته أصبح المقذوف مسؤولا عن جريمة الزنا كما رمى بهذه الجريمة ووجبت عليه عقوبتها ، ولهذه النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المقذوف . .

٥٦٧ — **من يملك الخصومة . . ؟** يملك المقذوف وحده حق الخصومة فى دعوى القذف إن كان حياً ، فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت صلته بالمقذوف ولو كان فى القذف مساس به اللهم إلا إذا كان القذف يعتبر قذفاً

مباشراً له ، فإذا قذف شخص بأنه زنى بامرأة معينة اعتبر الرجل والمرأة مقذوفين وكان لكل منهما حق الخصومة فى دعوى القذف ولكن ليس لغيرهما أن يحرك الدعوى فليس لزوج المرأة أو ولدها أو أحد أبويها أن يحرك دعوى القذف ولو أن القذف يمسه لأن القذف لم يمسه إلا عن طريق المرأة المقذوفة وهى صاحبة الحق فى الخصومة وليس لأبناء الرجل أو أبويه أو زوجته حق الخصومة فى دعوى القذف لنفس السبب .

وإذا حرك المقذوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل فى الدعوى سقطت الدعوى بموته فى رأى أبى حنيفة ، لأن حق الخصومة فى دعوى القذف حق مجرد ليس مالا ولا بمنزلته فلا يورث[1] .

ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة فى الدعوى محل المقذوف . فإذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى .

وفى مذهب مالك يرون فى حالة موت المقذوف دون وارث أن للمقذوف أن يوصى بشخص بأن يقوم مقامه فى الدعوى فإذا أوصى على هذا الوجه حل الوصى محله فى الدعوى ولم تسقط الدعوى بموت المقذوف[2]

وإذا مات المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق المخاصمة ولم يكن لورثة المقذوف أو عصباته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف[3] لأن سكوته عن الشكوى يعنى أنه لا يريدها أو أنه عفا عن القاذف .

وإذا كان المقذوف ميتاً فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى ممن يملك حق المخاصمة فإذا لم يكن هناك من يملك هذا الحق امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعى كما قدمنا ولكنهم اختلفوا فيمن يملك حق المخاصمة فى هذه الحالة فرأى مالك أن أصول المقذوف وفروع

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢
(٢) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ (٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥

الذكور يملكون حق المخاصمة وأن أجداد المقذوف لأمه يملكون هذا الحق، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات[١]

ويرى أبو حنيفة أن الخصومة يملكها ولد المقذوف الميت ذكراً كان أم أنثى وابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا، ووالده وإن علا . ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضاً ولا يرى محمد ذلك[٢].

ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث ، وفي مذهب الشافعي رأى أن الخصومة لجميع الورثة إلا من يرث بالزوجية ورأى آخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم[٣].

ويعلل الفقهاء إعطاء الورثة حق المخاصمة في قذف الميت بأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف والميت ليس محلا لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعاً إليه بل إلى أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت ، ولما كان أهل الميت يتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفاً لأجزائه فكأن القذف واقعاً على أهل الميت من حيث المعنى ولذلك تثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم . أما إذا كان المقذوف حياً وقت القذف فقد أضيف إليه القذف وقت أن كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى فلحق العار به وانعقد القذف موجباً حق الخصومة له خاصة[٤].

ويرجع اختلاف الفقهاء على من يملك حق المخاصمة إلى الاختلاف في تقدير من يلحقهم عار القذف ، فالبعض يرى أنه يلحق كل الورثة والبعض رأى أنه يلحق الورثة إلا من يرث بالزوجية والبعض رأى أنه لا يلحق إلا العصبات ، والبعض رأى أنه لا يلحق إلا من يعتبر القذف نفيا لنسبه . .

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٢٠ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٤
(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٢
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ ـ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٣٠

ولكن الفقهاء مع هذا متفقون على أن من له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت أى أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب(١).

وإذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار عن المخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته أو عصباته وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ودفع العار عنهم لا عنه خصوصاً وأن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره . إذ القذف فى الشريعة معناه رمى المقذوف بالزنا أو نفى النسب عنه ، فالمقذوف إذا رمى بالزنا تعداه القذف إلى غيره . ومن رمى امرأة بالزنا تعداها القذف على أقل تقدير إلى أولادها ، والمقذوف إذا قذف بما ينفى نسبه تعداه القذف إلى أصوله وفروعه وورثته .

٥٦٨ – بين الشريعة والقانون : — الرأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشترط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة . فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله ، فإذا

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ – المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٥ – المغنى ج ١٠ ص ٢٠٩

أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين الوضعية للورثة من رفع الدعوى فى حالة مساس القذف بهم لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال فى الشريعة، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره، ومن المسلم به أن كثيراً مما يعتبر قذفاً فى القوانين لا يمس ورثة المقذوف أو أهله الأحياء، أما نسبة الزنا للمقذوف ونفى النسب عنه فلاشك أنه يمسهم ومن ثم يمكن القول أن القوانين تجيز دائماً دون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى فى هاتين الحالتين على القاذف .

أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة فى هذا المبدأ وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف

٥٦٩ - هل حد القذف حق لله أم حق للعبد . ؟ ؟ - يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى وحقوق للآدميين، ويعتبرون الحق لله كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصاً للعبد أو كان حق العبد غالباً فيه .

وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وأما حقوق الآدميين فتنشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم .

وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أن الحق لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة وتعتبر العقوبة فى الشريعة حقا لله تعالى كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم فكل جريمة يرجع فسادها للعامة وتعود منفعة عقوبتها عليهم تعتبر العقوبة عليها حقاً لله تأكيداً لتحصيل المنفعة ودفع المضرة والفساد ، لأن اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى إلى عدم إسقاطها بإسقاط الجماعة والأفراد لها .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن

الكثيرين منهم يرون بحق أن كل مايمس حق لجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ويجتنبوا نواهيه ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكما مايرتب حقاً مجرداً للفرد فإن هذا القول لايعتبر صحيحا على إطلاقه وإنما يصح إذا غلبنا حق العبيد فى الأمور الدنيوية ، كذلك فإن مايعتبر حقا خالصا لله يمس دون شك مصالح الأفراد لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصالح الأفراد

وقد ينشأ الحقان معا عن الجريمة الواحدة كما هو الحال فى جريمة السرقة فإنه ينشأ عنها حق لله تعالى أى حق للجماعة فى عقاب الجانى وحق للمجنى عليه فى استرداد ماله المسروق أو أخذ مقابله .

وقد ينشأ عن الجريمة حق واحد فقط كما هو الحال فى جريمة الردة فإنه لاينشأ عنها إلا حق واحد هو حق الجماعة فى عقاب الجانى .

والأصل فى الشريعة أن فض العقوبة واستيفائها حق لله تعالى ولكن استيفاء بعض العقوبات جعلت استثناءا حقا للأفراد وهى عقوبات جرائم الاعتداء على حياتهم وأجسامهم أى القتل والجرح والضرب فقد جعلت الشريعة استيفاء عقوبة القصاص وعقوبة الدية حقاً للأفراد ولهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها ، فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات من حق الأفراد لايسلب الجماعة حقها فى فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ولايمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى .

ومن المتفق عليه أن جريمة القذف فيها حقان: حق لله تعالى وحق للمقذوف ولكن الفقهاء يختلفون على أى الحقين هو الأقوى ، فأبو حنيفة يغلب حق الله على حق العبد ويجعل الجريمة متعلقة بحق الله تعالى ، وبعض الحنفية يرى أن

حق القذف متعلق بحقوق الآدميين وحقوق الله وأن الحق الغالب فيه هو حق الآدميين[١] .

والشافعي وأحمد يغلبان حق العبد على حق الله ويجعلان الجريمة متعلقة بحقوق الآدميين ، ومالك يغلب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى ، فالجريمة عنده متعلقة بحقوق الآدميين قبل الشكوى ومتعلقة بحقوق الله تعالى بعد الشكوى .

ويغلب الشافعي وأحمد حق العبد لأن العبد في حاجة إلى حقه أكثر من حاجة الجماعة إلى حقها ، ويغلب أبو حنيفة حق الجماعة على حق العبد لأن ذلك يؤدي إلى حفظ حق الجماعة وحق العبد معاً بينما تغليب حق العبد يؤدي إلى إهدار حق الجماعة[٢] .

ولأن ولي الأمر يعتبر نائباً عن الأفراد ونائباً عن الجماعة فيستطيع أن يقوم على حق الجماعة وحق الفرد إذا غلب حقه لايمثل إلا نفسه فلايستطيع أن يرعى حق الجماعة ، أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتبار أن حق الجماعة لايبدأ في الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق إلا حق الآدمي أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة ، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين[٣] .

٥٧٠ — ويترتب على الاختلاف في تغليب أحد الحقين على الآخر نتائج كثيرة أهمها :

١ — أن تغليب حق الآدميين على حقوق الله يؤدي إلى القول بأن الحقوق الناشئة للمقذوف عن جريمة القذف تورث لأن الإرث يجري في حقوق العباد ، بينما القائلون بتغليب حق الله على حق الآدمي لايرون الإرث في حق المخاصمة ،

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .
(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

إذ الحد و إن كان مقرراً لمصلحة الآدمى إلا أنه حق لله . والآدمى يرث الآدمى فيما كان مالا أو متصلا بالمال وحق المخاصمة ليس شيئاً من هذا[١] .

٢ — **العفو** : فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبى حنيفة رأى أن المقذوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوه باطلا[٢] لأن الحد حق من حقوق الله فليس للفرد أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعى وأحمد رأى أن المقذوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المقذوفين وكانت الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقذوفين ، فإذا عفا البعض دون البعض وجب الحد لمن لم يعفو ولم يسقط بعفو من عفا[٢] .

ولمالك آراء متعددة فى العفو أولها : أن العفو يصح إلى ماقبل التبليغ فإذا لم يعف المقذوف و بلغ الحادث فلا عفو بعدها ـ وثانيها : أن العفو يصح إلى ماقبل سماع الشهود ، فإن أدى الشهود شهادتهم فلاعفو بعدها . ثالثها : أن العفو جائز قبل التبليغ و بعده كلما قصد المقذوف من العفو أن يستر على نفسه[٣] .

والقائلون بالعفو يجيزون أن يكون العفو صريحا أو ضمنيا و يرتبون على العفو قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المقذوف فى الشكوى بالعفو ..

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٩٨ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٠٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .
(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٦ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

المبحث الثالث

فى الأدلة على القذف

يثبت القذف بالطرق الآتية :

١٧٥ — **أولا : شهادة الشهود** : ويشترط فى شهود القذف مايشترط فى شهود الزنا من البلوغ والعقل والحفظ والقدرة على الكلام والعدالة والإسلام وانعدام القرابة وانعدام العداوة وانعدام التهمة ، كذلك يشترط فى شهود القذف الذكورة والأصالة وقد تكلمنا عن هذه الشروط جميعاً بمناسبة الكلام على الشهادة فى الزنا .

عدد الشهود : فيما يختص بإثبات التهمة يكفى لإثبات واقعة القذف على القاذف شهادة شاهدين فقط . أما فيما يختص بنفى التهمة فللمتهم بالقذف أن يتبع إحدى الطرق الآتية :

الأولى : أن ينكر واقعة القذف ثم يستشهد على عدم حصول القذف بمن شاء من الرجال أو النساء دون التقيد بعدد معين .

الثانية : ـ أن يدعى أن المقذوف اعترف بصحة القذف ويكفى لتأييد هذا الدفاع شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[١] .

الثالثة : أن يعترف بالقذف ويبدى استعداده لإثبات صحة القذف وفى هذه الحالة يجب عليه أن يستشهد على صحة الواقعة المقذوف بها أربعة شهود يشترط فيهم مايشترط فى شهود إثبات جريمة الزنا على أن لا يكون القاذف أحدهم لأنه لايعتبر شاهداً .

الرابعة : إذا كان زوجاً فاعترف بالقذف فله أن يلاعن الزوجة ويرى أبو حنيفة أن للقاذف أن يثبت صحة القذف بأربعة شهود غيره ، فإن شهدوا بصحة القذف فلا يحد المقذوف حد الزنا إذا كانت الشهادة على زنا متقادم[٢]

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠

لأن الأصل عنده أن الشهادة لاتقبل عند التقادم ولكنها قبلت هنا لإسقاط الحد عن القاذف وليس لإيجاب الحد على المقذوف . ويخالف أبا حنيفة فى هذا الأئمة الثلاثة ويرون حد المقذوف حد الزنا إذا ثبت لزنا عليه ولو كان متقادماً لأنهم لايعترفون بالتقادم « إلا على رأى لأحمد كما ذكرناه » .

ويرى أبو حنيفة أن لا أثر للتقادم على القذف لأن الدعوى فى القذف شرط فلا يمكن التقدم بالشهادة حسبة ولا تقبل مثل هذه الشهادة قبل الدعوى ، ومادامت الدعوى تأخرت لأسباب خاصة بالمقذوف فليس من هذا مايدعو إلى اتهام الشهود ، وليس فيه مايفيد معنى الضغينة والتهمة كما هو الحال فى الزنا والشرب مثلا إذ الدعوى فى هاتين الجريمتين ليست شرطا[1] .

ويشترط فى الشهادة اتحاد المجلس ولا يقبل فى القذف كتاب القاضى إلى القاضى ولا الشهادة على الشهادة[2] .

٥٧٢ - ثانيا - الإقرار : يثبت القذف بإقرار القاذف أنه قذف المجنى عليه ، ولا يشترط العـــدد فى الإقرار فيكتفى أن يقر مرة واحدة فى مجلس القضاء[3] .

ويرى أبو حنيفة جواز الشهادة على الإقرار فى القذف إذا حدث فى غير مجلس القضاء لأن إنكار الإقرار بالقذف لاقيمة له ولا يعتبر رجوعا عن الإقرار[4] ولأن الرجوع عن الإقرار فى القذف لا أثر له على الحد لأن حد القذف حق العبد من وجه ، وحق العبد لا يحتمل السقوط بالرجوع بعد ثبوته كما هو الحال فى القصاص[5] ولا يقبل الرجوع عند أحمد[6] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٦
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٠ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦١
(٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٥٩

ويصح الإقرار فى القذف ولو مع السكر كما هو الحال فى الخصومة المالية لأن للعبد حق فى القذف[١] .

ومن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة أن للقاضى أن يقضى بعلمه فى القذف على أن يكون العلم فى زمان القضاء ومكانه ، ولكنهم اختلفوا على جواز القضاء بعلمه إذا كان العلم فى غير زمان القضاء أو مكانه[٢] .

٥٧٣ ـ ثالثا ـ اليمين: يثبت القذف عند الشافعى باليمين إذا لم يكن لدى المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف فى حقه بالنكول .

ويرى الشافعى أيضاً أن يستحلف القاذف المقذوف إذا لم يكن لدى القاذف بينة على صحة القذف ، فإن نكل المقذوف عن اليمين اعتبر القذف صحيحاً ودرى الحد عن القاذف ، ولا يرى الشافعى الاستحلاف فى شىء من الحدود إلا فى القذف فقط لأنه حق العبد ولأن الرجوع عن الإقرار فى القذف باطل ولأن النكول عن اليمين بمثابة الإقرار . أما فى الحدود الأخرى فلا يرى الاستحلاف فيها لأنها حق الله من ناحية ولأن الرجوع عن الإقرار فيها صحيح[٣]

وفى مذهب أبى حنيفة يرى بعضهم الاستحلاف ولا يراه البعض الآخر فمن قال بالاستحلاف اعتبر ما فى القذف من حق العبد على أن القائلين بالاستحلاف اختلفوا فمنهم من رأى القضاء بالحد بالنكول ومنهم من رأى القضاء بالتعزير عند النكول بدلا من الحد، ومن قال بعدم الحلف اعتبر حق الله سبحانه وتعالى وأنه هو الحق الغالب فألحقه بسائر حقوق الله تعالى الخالصة وهى لا يقضى بها باليمين ولا بالنكول[٤] .

ولا يرى مالك وأحمد جواز الإثبات باليمين فى القذف فليس للقاذف أو

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٠٢ ، ٤٠٤ يراجع الوجيز
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٢

المقذوف أن يستحلف الآخر[١] .

ولأحمد رأى قديم بجواز القضاء بالنكول فى القذف ، ولكن المذهب أنه لا يقضى بالنكول فى غير المال وما يقصد به المال[٢] .

المبحث الرابع

عقوبة القذف

٥٧٤ - للقذف عقوبتان : الأولى أصلية وهى الجلد. والثانية تبعية وهى عدم قبول الشهادة .

والأصل فى العقوبتين قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾

عقوبة الجلد : عقوبة الجلد مقدارها ثمانون جلدة وهى لاتقبل استبدالا ولا إنقاصاً وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أما المقذوف فله الحق فى العفو عنها على رأى البعض وليس العفو على رأى البعض الآخر كما بينا من قبل.

عدم قبول الشهادة : من المتفق عليه أن القاذف يجب عليه مع الحد سقوط شهادته لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ .

وقد اختلفوا فى سقوط الشهادة مع التوبة فرأى أبو حنيفة أن شهادة القاذف تسقط وإن تاب ، ورأى مالك والشافعى وأحمد أن القذف تقبل شهادته إن تاب وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تفسير قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ فمن رأى أن الاستثناء يعود إلى أقرب مذكور فى قوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا ﴾ قال التوبة ترفع الفسق ولا تؤثر على عدم قبول

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩١ - تبصرة الحكام ج١ ص ١٧٤ - الاقناع ج ٤ ص٢٥٩ .
(٢) المغنى ج ١٢ ص ١٢٦ .

الشهادة ، ومن رأى أن الاستثناء يعود إلى الجملة السابقة كلها و يتناول الأمرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق وتمنع من رد الشهادة .

ويرى أبو حنيفة ومالك أن شهادة القاذف لاتسقط إلا بالحد أما الشافعى وأحمد فيسقطان شهادة القاذف بثبوت المعصية عليه أي بعجزه عن إثبات صحة القذف ولو لم يحد[1] .

٥٧٥ - تعدد العقوبات : إذا تعددت العقوبات فإما أن تكون كلها عن جرائم قذف وإما أن تكون عن جرائم قذف وجرائم أخرى وفى الحالتين تتداخل العقوبات على الوجه الآتى :

٥٧٦ - تداخل عقوبات القذف : اختلف فى تداخل عقوبات القذف فرأى مالك وأبو حنيفةأن عقوبات القذف تتداخل إلىوقت تنفيذها فمن قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف فرداً واحداً أو أفراداً وسواء كان القذف بكلمة أو بكلمات من يوم واحد أو أيام مختلفة وسواء اتحدت عبارات القذف أم اختلفت طلب بعضهم الحد أم كلهم فإذا أقيم الحد فقذف أحداً بعد ذلك حد له من جديد .

وإذا كان مالك وأبو حنيفةقد اتفقا فى هذا فإنهما اختلفا فيما إذا قذف أحداً أثناء تنفيذ العقوبة فرأى مالك أن القذف إذا كان بعد تنفيذ أكثر الحد كمل الحد الأول ووجب للقذف الثانى حد كامل وإن كان بعد تنفيذ أقل الحد وجب للقذف الجديد حد جديد وتداخل فى الحد الجديد مابقى من الحد الأول أو بمعنى آخر لم يضرب للقذف الجديد إلا بقدر مااستوفى من الحد الأول وظاهر مما سبق أن مالك لايرى التداخل بعد بدء التنفيذ إذا كان قد نفذ أكثر الحد ويرى التداخل بقدر مابقى من الحد إذا كان قد نفذ أقله أما أبوحنيفة فيرى التداخل مادام لم يتم التنفيذ ولو كان الباقى من الحد سوط واحد فلو ضرب

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٦ - شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٦٥ - بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٧٠ - المهذب ج ٢ ص ٣٤٨ - المغنى جـ ١٢ ص ٧٤ .

القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قــذف قذفا لايضرب إلا ذلك السوط الواحد للتداخل[1] .

ويرى الشافعى أنه إذا قذف شخصاً واحداً عدة مرات قبل أن يحد فإن العقوبات تتداخل ويجرى عنها جميعا حد واحد إذا كان القذف بزنا واحد وكذلك الحكم على الرأى الراجح ولوقذفه كل مرة بزنا آخر لأن العقوبات كلها من جنس واحد لمستحق واحد فتتداخل كما لو زنى ثم زنى ، أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه تعدد الحد بتعدد وقائع القذف لأن القــذف من حقوق الآدميين ولا تداخل فيها .

وإذا قذف جماعة فوجه لـكل واحد منهم القذف على انفراد وجب لـكل واحد منهم حد ولا تداخل مهما تعددت الحدود وإن قذفهم بكلمة واحدة فيه قولان ، قال فى القديم يجب حد واحد لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد كما لو قذف امرأة واحدة وقال فى الجديد يجب لـكل واحد منهم حد لأنه ألحق العار بقذف كل واحد منهم فلزمه لـكل واحد منهم حد كما لو انفرد بقذف كل واحد منهم وهذا هو الرأى المعمول به فى المذهب .

وإذا كانت كلمة عبارة القذف تعتبر قذفاً لشخصين كما لو قذف زوجته برجل ولم يلاعن فيرى البعض أن على القاذف حدين لأنه قذف شخصين ويرى البعض أن على القاذف حداً واحداً لأن القذف بزنا واحد .

أما إذا كانت عبارة القذف تعتبر قذفا لشخصين وكان القذف بأكثر من زنا واحد فلا خلاف فى أن على القاذف حدين ، كما لو قال لزوجته يازانية بنت الزانية .

وإن وجب عليه حد لاثنين فإن وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحنا قدم السابق منهما لأن حقه أسبق وإن وجب عليه لهما فى حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحنا أقرع بينهما .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٨ ، ٩٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٣ .

وإن وجب حدان لحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الحد الأول لأن الموالاة بين الحدين تؤدى إلى التلف[1] .

ويرى أحمد أنه إذا قذف رجل شخصا مرات فلم يحد لحد واحد سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات .. وإذا قذف جماعة بكلمات فلكل واحد منهم حد ولا تتداخل الحدود فى هذه الحالة مهما تعددت لأنها من حقوق الآدميين .

وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة لحد واحد إذا طالبوا ، أو واحد منهم «وهنالك رواية عن أحمد أنه يلزمه لكل واحد منهم حد كامل » وإذا طلبوا الحد جملة حد لهم فإن طلبه أحدهم أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفاه وسقط باستيفائه فلم يكن لغيره أن يطالب به وإن أسقطه أحدهم كان لغيره أن يطالب به ويستوفيه .

وروى عن أحمد رواية أخرى أنهم إذا طلبوه دفعة واحدة لحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه لم ينفذ حتى طلبه الكل لحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له وكذلك جميعهم لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه بجميعهم وإذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلا يسقط حق الباقين بغير استيفائهم أو إسقاطهم .

وإذا قال لرجل يا ابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وإن قال يازانى ابن الزانى فهو قذف لهما بكلمتين فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد وكذلك لو قال يازانى ابن الزانية وكانت أمه على قيد الحياة وإن كانت ميتة فالقذفان جميعاً له وإن قال زنيت بفلانة فهو قذف لهما بكلمة واحدة[2] .

٥٧٧ ـ هل تتداخل عقوبة القذف مع عقوبات الجرائم الأخرى ؟

يرى مالك أن حد القذف يتداخل مع حد الشرب لاتحاد الموجب أى أن

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٢ .
(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٣١ ، ٣٣٤ .

موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم على أحدهما سقط عنه الآخر ولو لم يقصد عند إقامته الحد إلا واحدا فقط ثم ثبت أنه شرب أو قذف فإنه يكفى بما ضرب له عما ثبت وكذلك الحكم لو سرق لأول مرة وقطع يمين آخر فإن الحدين يتداخلان لاتحاد الموجب (١) .

ولا يرى الأئمة الثلاثة مايراه مالك من التداخل بين حد القذف وحد الشرب وفيما عدا ما سبق فإن من المتفق عليه أن حد القذف لا يتداخل مع أية عقوبة أخرى ولو كانت القتل سواء كان القتل حقاً لله كرجم الزانى المحصن أو حقاً للعبد كالقصاص فحد القذف ينفذ مع القتيل ومع غيره و يقدم على القتل لأنه فيه حق الآدمى وحقوق الآدميين لا يتسامح فيها كما يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد ولأن حد القذف جعل لدفع العار فلا يجبه القتل لئلا يقال للمقذوف مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية (٢) .

كيفية تنفيذ العقوبة : ـ راجع ما كتب عن الجلد فى الزنا وما كتب خاصة عن القذف .

٥٧٨ ـ مسقطات العقوبة : — ١ — رجوع الشهود عن شهادتهم ٢ — تصديق المقذوف للقاذف ٣ — تكذيب المجنى عليه لشهوده وهذا عند أبى حنيفة خاصة ـ ويرى مالك أنه إذا كذب شهوده قبل سماعهم لم تسمع شهادتهم فإذا كذبهم بعد الشهادة لم يلتفت لقوله ٤ — بطلان أهلية الشهود قبل التنفيذ وهو شرط خاص بأبى حنيفة لأن القاعدة عنده أن الإمضاء من القضاء .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨

(٢) المدونة ج ١٦ ص ١٢ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ ـ بدائع الصنائع ج٧ ص٦٣ ـ المهذب ج٢ ص ٣٠٥ ـ المغنى ج ١٠ ص٢٢١ ومابعدها

الكتاب الثالث

فى

الشرب

٥٧٩ - حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً قاطعاً لأنها تعتبر الخمر أم الخبائث وتراها مضيعة للنفس والعقل والصحة والمال . وقد حرصت الشريعة على أن تبين للناس من أول يوم أن منافع الخمر مهما يقال فى منافعها ضئيلة لا تتعادل مع أضرارها الجسيمة وذلك قوله تعالى ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ .

ولقد حرمت الشريعة الإسلامية الخمر من ثلاثة عشر قرنا ووضع التحريم موضع التنفيذ من يوم نزول النصوص المحرمة وظل العالم الإسلامى يحرم الخمر حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن العشرين حيث بدأت البلاد الإسلامية تطبق القوانين الوضعية وتعطل الشريعة الإسلامية فأصبحت الخمر مباحة لشاربيها كما هو الحال فى مصر ولا عقاب على شربها أو السكر منها اللهم إلا إذا وجد شاربها فى حالة سكر بين فى محل عام فإن كان السكر بينا وكان السكر فى محل خاص فلا عقاب عليه أى أن العقوبة التى يقررها القانون المصرى ليست على شرب الخمر ولا على السكر وإنما على وجود السكران فى محل عام .

وفى الوقت الذى يستبيح فيه المسلمون الخمر بالرغم من تحريم الإسلام لها تنتشر الدعوة إلى تحريم الخمر فى كل البلاد غير الإسلامية فلا تجد بلداً ليس فيه جماعة أو جماعات تدعو إلى تحريم الخمر وتبين بكل الوسائل أضرارها العظيمة التى تعود على شاربيها بصفة خاصة وعلى الشعوب بصفة عامة ،

وقد اندفعت هذه الجماعات إلى المناداة بتحريم الخمر بعد ما أثبته العلم من أن شرب الخمر مضر بالصحة وأنه يضعف الجسم والعقل بصفة عامة و يؤدى إلى الجنون فى كثير من الأحوال كما يؤدى إلى العقم فإذا لم يؤد إلى العقم فإنه يؤدى إلى قلة النسل وانحطاطه من الناحيتين الجسمانية والعقلية وكذلك ثبت أن شرب الخمر يؤدى إلى ضعف الإنتاج وهذا الذى أثبته العلم الحديث يؤيد تأييداً مطلقا نظرية الشريعة الإسلامية .

وقد ترتب على الدعوة القوية لتحريم الخمر أن ابتدأت الدول غير الإسلامية تضع فكرة تحريم الخمر موضع التنفيذ من القرن الحالى . فالولايات المتحدة الاميريكية أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما وقد أصدرت الهند من سنتين قانونا مماثلا ، وهاتان هما الدولتان الكبيرتان اللتان حرمتا الخمر أما أكثر الدول فقد استجابت لدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر وتناولها فى المحلات العامة فى أوقات معينة من النهار أو أيام معينة من العام ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سناً معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم غير الإسلامى أصبح اليوم مهيئاً لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً وأن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها و يشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد ؛ وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعاً لم يعد بعيداً ، وأن العالم غير الإسلامى قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية و يسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يستجيب .

ولقد كان هذا حرياً أن يدفع البلاد الإسلامية إلى المسارعة بتحريم الخمر وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولكن المسلمين لا يزالون يغطون فى نومهم عاجزين عن الشعور بما حولهم ، بل عاجزين عن الشعور بأنفسهم وسيأتى قريباً اليوم الذى يصبح فيه تحريم الخمر عاماً فى كل الدول فتتم معجزة الشريعة الإسلامية

ويتحقق ما نادت به من ثلاثة عشر قرناً على أيدى أناس لا ينتمون للإسلام ولا يعرفون من حقائقه شيئاً .

٥٨٠ — النصوص الخاصة بالخمر : الأصل فى التحريم القرآن والسنة على أن نصوص القرآن لم تحرم الخمر دفعة واحدة بل جاء التحريم تدريجياً وأول نصوص التحريم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ثم جاء القرآن بعد ذلك بتأثيم شاربها فى قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ ثم نزل التحريم القاطع فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ .

أما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » عن ابن عمر ، وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » عن جابر ، وعن عائشة قوله « كل مسكر حرام وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام » وعن عبد الله بن عمر « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه ، وقوله « من شرب الخمر فاجلدوه » .

٥٨١ — معنى الشرب عند الفقهاء : اختلف الفقهاء فى تحديد معنى الشرب فهو عند مالك والشافعى وأحمد شرب المسكر سواء سمى خمراً أم لم يسم خمراً وسواء كان عصيراً للعنب أو لأى مادة أخرى كالبلح والزبيب والقمح والشعير والأرز وسواء أسكر قليله أو أسكر كثيره[١] .

أما أبو حنيفة فالشرب عنده قاصر على شرب الخمر فقط سواء كان ما شرب كثيراً أو قليلا والخمر عنده اسم لما يأتى :

(١) ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وعند أبى يوسف ومحمد ماء العنب إذا غلا واشتد فقد صار خمراً قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٢) ماء العنب إذا طبخ فذهب أقل من ثلثيه وصار مسكراً (٣) نقيع البلح والزبيب

---

(١) ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٥٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٦

إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على رأى أبى حنيفة أو إذا غلا واشتد ولو لم يقذف بالزبد على رأى أبى يوسف ومحمد ويستوى أن يكون البلح رطباً أو بسراً أو تمراً . وماعدا هذه الأنواع الثلاثة لا يعتبر خمراً عند أبى حنيفة فعصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع البلح والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغير ذلك من المواد نقيعاً كان أو مطبوخاً كل ذلك لا يعتبر خمراً وشربه حلال إلا ما بلغ السكر فإذا أسكر فلا يعاقب على شربه وإنما يعاقب على السكر منه وحجة أبى حنيفة فى هذا الرأى ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أشار إلى النخلة والكرمة وقال « الخمر من هاتين الشجرتين » وما روى عنه من قوله « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »[1] .

فأبو حنيفة إذن يفرق بين الخمر والمسكر ويحرم شرب الخمر قليلا كان أو كثيراً أما ماعدا الخمر من المواد المسكرة فيسميه مسكراً لا خمراً والمسكر عنده لا يعاقب على شربه كالخمر وإنما يعاقب على السكر منه لأن المسكر ليس حراماً فى ذاته وإنما الحرام هو الكمية الأخيرة منه التى تؤدى للسكر فلو شرب شخص ثلاثة أقداح ولم يسكر ثم شرب الرابع فسكر فالمحرم هو القدح الرابع .

ولقد أدت التفرقة بين الخمر والمسكر إلى أن يفرق أبو حنيفة بين عقوبة الشرب وعقوبة السكر وأن يقول بأن الحد حدان : حد الشرب وهو قاصر على شرب الخمر سواء سكر الشارب أم لم يسكر ،قل ماشربه أو كثر . وحد السكر وهو لمن يسكر فعلا من أى شراب مسكر غير الخمر فإذا شرب منه ولم يسكر فلا عقاب عليه . . أما باقى الأئمة فالحد عندهم واحد هو حد الشرب ويجب على كل من شرب مسكراً سواء سمى خمراً أو سمى باسم آخر وسواء سكر الشارب أم لم يسكر مادام أن الكثير من الشراب يسكر لأن القاعدة عندهم أن ما أسكر كثيره فقليله حرام .

ورأى الأئمة الثلاثة هو الرأى المتبع فى العالم الإسلامى إلا أننا رأينا أن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ وما بعدها ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٧ .

نتكلم على حد الشرب وحد السكر معاً ببيان رأى الحنفيين ولأن بعض الفقهاء يرى حد غير المسلم إذا سكر[1] فكان الكلام على حد السكر واجباً من هذين الوجهين على أن البعض الآخر يرى تعزير الذمى على السكر[2] .

والقاعدة عند فقهاء الشريعة أن الخمر مباح لغير المسلمين ما دام دينهم لا يحرمها تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أمرنا بتركهم وما يدينون » ولكن لما كان السكر مما تحرمه الأديان جميعاً فقد رأى بعض الفقهاء حد غير المسلم على السكر ورأى البعض تعزيره ولا خلاف فى أن غير المسلم يعزر على التظاهر بالشرب ولو لم يسكر ولو أن الشرب مباح له . على أنه ليس فى قواعد الشريعة ما يمنع من تطبيق حد الشرب على غير المسلمين إذا تبين أن السماح لهم بشرب الخمر يؤدى إلى الفساد الاجتماعى ولاشك أن عدم تحريم الشرب عليهم يؤدى هذا إلى الفساد لأن السماح لهم بالشرب يقتضى وجود الخمر فى البلاد ويشجع المسلمين على شرب الخمر وهذا وحده يؤدى إلى هدم قواعد التحريم وإذا كانت الدول المسيحية والبوذية تحرم الخمر على رعاياها مسيحيين وبوذيين ومسلمين فأولى بالدول الإسلامية أن تحرم الخمر على رعاياها أيا كانت دياناتهم ومذاهبهم .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ .

المبحث الأول

فى

أركان الجريمة

لجريمة الشرب ركنان : الأول : الشرب . الثانى : القصد الجنائى

الركن الأول

الشرب

٥٨٢ — يتوفر هذا الركن عند مالك والشافعى وأحمد كلما شرب الجانى شيئاً مسكراً ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التى استخرج منها فيستوى أن يكون المشروب مستخرجا من العنب أو البلح أو القمح أو الشعير أو القصب أو التفاح أو أى مادة أخرى ، كذلك لا عبرة بقوة الإسكار فى المشروب فما أسكر كثيره فقليله حرام ولو كان لا يؤدى فعلا للإسكار فإذا كان المشروب لا يسكر منه الإنسان عادة إلا إذا شرب عشرة أقداح أو أكثر ، فالقدح الواحد محرم ولو أنه لا يسكر فعلا و بعض القدح محرم كذلك فيتوفر ركن الشرب بشرب القليل أو الكثير ما دام الكثير من المشروب يؤدى إلى الإسكار فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدى للسكر فهو غير محرم[1]

ولا يتوفر ركن الشرب عند أبى حنيفة إلا إذا كان المشروب خمراً وقد علمنا فيما سبق معنى الخمر عنده فإن لم يكن المشروب خمراً لم يتوفر ركن الشرب ولو كان الشرب مسكراً ولو أدى للسكر فعلا[2] .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٢ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ ، ١١٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ ومابعدها

ومن المتفق عليه أنه لا يشترط لتوفر ركن الشرب أن يؤدى الشرب للسكر فيكفى لقيام الجريمة مجرد الشرب ولو كان من المستحيل أن تؤدى الكمية التى شربت للسكر لأن الشرب محرم لعينه[1].

ولا عقاب إذا لم يكن المشروب مسكراً أصلا ولو شرب على أنه مسكر وإن كان الشارب يأثم فيما بينه وبين ربه.

ويشترط أن تكون المادة المسكرة مشروباً فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها وإنما فيها التعزير كالحشيش والداتورة[2].

ويحد على الشرب ولو أن المادة المسكرة دخلت الفم أو الجوف على غير هيئة الشراب، كخلط المسكر بالطعام أو عجنه به[3].

وتعتبر المادة مسكرة ولو خلطت بماء ما دامت مميزاتها محفوظة من رائحة ولون وطعم وتأثير فإن خلطت بماء حتى زالت كل مميزاتها زوالا تاماً فلا يعتبر الخليط مسكراً وإنما هو ماء عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد[4].

والراجح فى مذهب مالك تحريم المخلوط ولو استهلك فيه المسكر[5].

ويكفى لاعتبار الجانى شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه ومن باب أولى إلى جوفه فإن لم يصل المشروب إلى الحلق كأن تمضمض به ثم مجه فلا يعتبر شاربا[6].

ويشترط المالكية والحنفية أن تصل الخمر إلى الجوف عن طريق الفم فإن وصلت عن غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلا درىء الحد للشبهة على أن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٢ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ٣٢٨.

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٩ - حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٣٢٨، ٣٢٩ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠.

(٣) أسنى المطالب ج ٤ص ١٥٩ - المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ - شرح الزرقانى ج٨ ص١١٤

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٣ - أسنى المطالب ج ٤ص١٥٩ - الاقناع ج٤ص٢٦٧

(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٤ (٦) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ - المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢.

درء الحد لا يمنع من التعزير[١] .. وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء أحدها كرأى المالكية والثانى يحد ولو لم تصل الخمر للجوف عن طريق الفم كما لو استعط أو احتقن والثالث يحد فى السعوط دون الحقنة[٢] ..

وفى مذهب أحمد رأيان : إن ما وصل عن طريق الحلق فيه الحد كالشرب والاستعاط ، وما وصل عن طريق الشرج فلا حد فيه والرأى الثانى يوجب الحد فى الحالين[٣] .

ويعتبر شاربا من شرب الخمر أو المسكر لدفع العطش وهو يستطيع استعمال الماء ، ولكن من يشرب مضطرا لدفع غصته لا حد عليه للاضطرار لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ وكذلك حكم من أكره على الشرب سواء كان الإكراه ماديا أو أدبيا لقول النبى عليه الصلاة والسلام « عفى لأمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، واختلف فيمن شرب لدفع عطش مهلك فمذهب أبى حنيفة وهو يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى أن لا حد على الشارب[٤] .

أما أحمد فيفرق بين ما إذا شربها الشارب صرفاً أو ممزوجة بشىء يسير لا يروى من العطش ففى هذه الحالة على الشارب الحد ، أما إذا شربها ممزوجة بما يروى من العطش أبيح الشرب لدفع الضرورة[٥] .

وفى التداوى بالخمر خلاف ، فالرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى أن التداوى بالخمر فيه الحد إذا شربها المريض أما إذا استعملها لطلاء جسمه فلا حد لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تداوى بالخمر فلا شفاه الله »

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ــ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠
(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩
(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٤ ــ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٤ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢
(٥) الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧ ــ المغنى ج ١٠ ص ٣٣٠

« إن الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليها »[١] . ويرى أبو حنيفة إباحة الشرب للتداوى ، أما أحمد فيحرمه ويرى فى الشرب للتداوى الحد[٢] .

السكر

٥٨٣ — لا وجود لحد السكر إلا إذا كان الشرب مباحاً والسكر هو المحرم كما هو الحال عند غير المسلمين أو كما يقول أبو حنيفة وأصحابه فى غير الخمر ، فإن كان الشرب غير مباح فالحد حد الشرب لا حد السكر ولو أدى الشرب إلى السكر فعلا .

فالسكر إذاً درجة تأتى بعد الشرب وهى نتيجة له ولذلك يجب أن تتوفر فى جريمة السكر أركان جريمة الشرب وأن يؤدى الشرب بعد ذلك إلى السكر ، فإن لم يؤد للسكر فلا حد على الشرب ولا على السكر ولو قصد الجانى أن يشرب ليسكر .

ويحد الجانى على السكر إذا شرب المادة المسكرة وهو عالم بأن كثيرها مسكر ولو شرب منها قليلا مادام أن الشرب قد أدى فعلا للسكر ، ويحد كذلك ولو لم يقصد من الشرب السكر مادام قد سكر وذلك أخذا بقصده الاحتمالى إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسكر[٣] واختلف فى بيان السكر المستوجب للحد فرأى أبو حنيفة أن السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة[٤] .

ويرى أبو يوسف ومحمد أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان وحجتهما قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾[٥] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ورأيهما يتفق مع رأى بقية الأئمة[٦] .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٤ – نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٢ – أسنى المطالب ص ١٩٥
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٠ (٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣
(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١١٨
(٥) النساء : ٣٤ (٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٥

الركن الثانى

القصد الجنائى

٥٨٤ — يتوفر القصد الجنائى عند الفاعل كلما أقدم على الشرب عالماً أنه يشرب خمراً أو مسكراً فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مسكر فلا حد عليه ولو سكر فعلا. كذلك لا حد إذا شرب مادة مسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تسكر ولا عقاب على الفاعل فى هذه الحالة ولو تبين أن الشرب كان نتيجة لخطأ جسيم أو لعدم الاحتياط لأن الجريمة عمدية فيشترط فيها تعمد الفعل . .

ويعتبر القصد الجنائى غير متوفر إذا كان الجانى يجهل تحريم الشرب ، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر ولكن لا يقبل الجهل ممن نشأ فى بلاد المسلمين لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه ، أما من نشأ فى بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب ، ويرى مالك جواز الاحتجاج بجهل العقوبة [1] .

ويقبل الادعاء بجهل التحريم لكن لا يقبل منه الادعاء بجهل العقوبة [2] .

عقوبة الشرب

٥٨٥ — يعاقب على الشرب بالجلد ثمانين جلدة عند مالك وأبى حنيفة وهو رواية عن أحمد ويرى الشافعى وقوله رواية أخرى عن أحمد أن الحد أربعون جلدة فقط ولكن لا بأس عنده من ضرب المحدود ثمانين جلدة إذا رأى الإمام ذلك . فيكون الحد أربعين ومازاد عليه تعزير ، ويعاقب على السكر عند أبى حنيفة بنفس عقوبة الشرب ، فالحد عنده مقرر للسكر والشرب معاً .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣

(٢) بدائع الصنائع ج٧ص٤٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٣ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٠ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٣١ ـ الاقناع ج ٤ ص ٢٦٧

وسبب اختلاف الفقهاء فى مقدار الحد أن القرآن لم يحدد العقوبة وأن الروايات لا تقطع بإجماع الصحابة على رأى فى حد الخمر ، فالقرآن وإن كان قد حرم الخمر كما أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يعين للخمر حداً فكان يضرب فيها القليل والكثير ولكنه لم يزد عن أربعين وجاء أبو بكر وضرب فى الخمر أربعين وروى عن أبى بكر أنه سأل أصحاب الرسول كم بلغ ضربه لشرب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى وعن على أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين . فلما جاء زمن عمر رضى الله عنه تحير أمر الناس على شرب الخمر فاستشار عمر الصحابة فى حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ، اجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب به إلى خالد وأبى عبيدة بالشام ، وروى أن عليا رضى الله عنه قال : فى المشورة نرى أن نجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون . وقد روى عن معاوية بن حصين بن المنذر الرقاش أنه قال شهدت عثمان رضى الله عنه وقد أتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب الخمر وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلى أقم عليه الحد فقال على لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده ، وعلى يعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبى صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكلٌّ سنة وهذا أحب إلى

كذلك روى عن على رضى الله عنه أنه قال ما كنت لأقيم حداً على أحد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئاً إلا صاحب الخمر ولو مات وديته لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا .

فمن رأى من الفقهاء أن حد الخمر ثمانون اعتبر أن الصحابة أجمعوا على هذا والإجماع مصدر من المصادر التشريعية ومن رأى أن الحد أربعون احتج بما فعله على من جلد الوليد بن عقبة أربعين جلدة وقوله جلد النبى أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى ويرى أصحاب هذا الرأى

أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم حجة لايجوز تركه بفعل غيره وأن الإجماع لا ينعقد على ما يخالف فعل النبي وأبى بكر وعلى و يحملون الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز إذا رآه الإمام(١) .

والأصل فى الحدود أنها لاتقبل عفواً ولا صلحاً ولا إسقاطاً إذا كانت من حقوق الله الخالصة ، ولما كان حد الشرب من حقوق الله الخالصة فليس للأفراد أو الجماعة إسقاطه أو العفو عنه ، على أننا إذا اعتبرنا رأى الشافعى فى أن الحد أربعون جلدة فقط وأن مازاد على ذلك تعزير فإنه يجوز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة المعتبرة تعزيراً كلها أو بعضها لأن الشريعة تجعل لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة عن العقوبة فى جرائم التعزير . أما الجزء المعتبر حداً فلا يمكن إسقاطه ولا العفو عنه .

ومن المتفق عليه أن العقوبة لاتنفذ على السكران حتى يفيق لأن العقوبة جعلت للتأديب والزجر والسكران لايشعر تماماً بما يحدث له(٢) .

و يرى البعض أنه إذا جلد قبل الإفاقة أجزأ واعتد به و يرى البعض أن يعاد الحد ولا يقيد بالتنفيذ الحادث وقت السكر ، و يفرق البعض بين ما إذا كان عنده ميز أم لا ، فإن كان عنده ميز وقت الجلد اعتد بالجلد ولو كان قبل صحوه وأما إن كان طافحاً أعيد عليه الحد و إن لم يحس فى أوله وأحس فى أثنائه حسب له من أول إحساسه بالضرب(٣) .

٥٨٦ — التداخل : إذا تعددت جرائم الشرب والسكر قبل تنفيذ الحكم فى إحداها تداخلت عقوبات هذه الجرائم سواء حكم بها أو لم يحكم بها مادامت

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٢٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠ — المغنى ج ١٠ ص ٣٣٥

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٠

كلها قد وقعت قبل تنفيذ إحدى العقوبات واكتفى فيها بتنفيذ عقوبة واحدة فإذا وقعت جريمة أخرى بعد تنفيذ العقوبة وجبت لها عقوبة خاصة .

والتداخل يكون من ثلاثة وجوه : أولا : ـ تتداخل عقوبات الشرب كما تتداخل عقوبات السكر المتعدد إلى الوقت الذى تنفذ فيه إحداها . ثانياً : تتداخل عقوبة السكر مع عقوبة الشرب ، فلو سكر ذمى ثم أسلم قبل تنفيذ العقوبة وشرب تداخل حد السكر مع حد الشرب وكذلك الحال عند الحنفية فإن حد السكر يتداخل مع حد الشرب فلو سكر شخص ثم شرب قبل تنفيذ عقوبة السكر اكتفى بتنفيذ عقوبة واحدة . . ثالثاً : يتداخل حد الشرب مع حد القتل سواء كان القتل من حدود الله أو حقاً لآدمى كما لو شرب وزنا وهو محصن أو شرب وقتل شخصاً فلا تنفذ إلا عقوبة القتل التى تجب عقوبة الشرب لأن كل عقوبة يقصد بها التأديب والزجر ولا حاجة مع القتل للزجر ولا فائدة فى تنفيذ مادون القتل ، وإذا انعدمت الفائدة التى شرع الحد من أجلها أصبح تنفيذه غير مشروع وهذا هو رأى مالك وأبى حنيفة وأحمد[١] .

أما الشافعى فيرى أن عقوبة القتل لاتجب مادونها ويجب تنفيذ العقوبات كلها فمثلا إذا شرب شخص وسرق وزنا وهو محصن جلد للشرب وقطع للسرقة ثم قتل بعد ذلك[٢] .

ولايتداخل حد الشرب عند أبى حنيفة وأحمد مع أى عقوبة أخرى إلا مع عقوبة القتل ولكن مالكاً يرى أن حدالشرب يتداخل مع القذف لأن موجبها واحد والقاعدة عنده تتداخل الحدود كلما اتحدت موجباتها[٣] .

٥٨٧ — كيفية تنفيذ الجلد : ـ ينفذ الحد على الوجه الذى سبق ذكره فى تنفيذ الجلد فى الزنا ويرى البعض أن المحدود فى الخمر لايجرد من ملابسه لأن

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ـ المغنى ج ١٠ ص٣٢١ وما بعدها .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص١٥٧ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨

حد الخمر من أخف الحدود فوجب إبقاء ملابسه عليه إظهارا للتخفيف ولكن الرأى الراجح هو أن لافرق فى التنفيذ بين حد الخمر وغيره وأن الشارع أظهر التخفيف فى نقصان عدد الجلدات(١) .

ويرى البعض أنه إذا اجتمعت حدود لله من أجناس مختلفة أخر حد الشرب عنها جميعا لأنه ثابت بما لايتلى(٢) . وهو رأى أبى حنيفة ولكن البعض يرى تقديم حد الشرب على غيره على أنه إذا تأخر فليس للتأخير أثر ماووقع الموقع(٣) وهذا هو رأى الشافعى وأحمد لأنهما يريان تقديم الأخف على الخفيف أما مالك فيستوى عنده أن يقدم الأخف أو الأشد ولولى الأمر أن يبدأ بأيهما أراد(٤) .

المبحث الثانى

الأدلة على الشرب

٥٨٨ ـ أولا : شهادة الشهود : يثبت الشرب والسكر بشهادة الشهود ويشترط أن لا يقل عدد الشهود عن رجلين تتوفر فيهما شروط الشهادة التى سبق ذكرها بمناسبة الكلام عن الزنا

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن تكون الرائحة قائمة وقت الشهادة أى رائحة الخمر أو المسكر ، فالشهادة عندهما مقيدة بوجود الرائحة ولا يشترط أن توجد الرائحة فعلا وقت التحقيق ويكفى أن يشهد بها الشاهدان فيجوز أن يشهد الشاهدان بالشرب أو السكر فيشم المحقق رائحة الخمر أو المسكر ويجوز أن يشهد الشهود على الشرب أو على السكر وعلى وجود الرائحة وقت أخذ الجانى أما محمد فلا يشترط وجود الرائحة مع الشهادة بالشرب أو السكر ، وحجة أبى

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٦

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٩

(٣) الاقناع ج ٤ ص ٢٤٨ أسنى المطالب ح ٤ ص ١٥٧

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٤٨

حنيفة وأبى يوسف أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة وأن ابن مسعود كان يشترط وجود الرائحة ولا إجماع إلا برأيه[١].

ويشترط أبو حنيفة وأصحابه لقبول الشهادة عدم التقادم أى مضى زمن على وقوع الجريمة وقد تكلمنا عن التقادم عن الكلام على الزنا ولكن أبا حنيفة وأبا يوسف يجعلان مدة التقادم فى الشرب والسكر مقدرة بزوال الرائحة فإذا سكت الشهود عن الحادث حتى زالت الرائحة ، فقد تقادمت الشهادة وامتنع قبولها .

ولكن محمدا يقدر مدة التقادم بشهر[٢] « على أنه من المسلم به لدى الجميع أنه لا تقادم إذا أخذ الشهود الجانى وريحها توجد فيه أو سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به إلى الإمام فى مكان بعيد فانقطع الريح قبل أن ينتهوا به لأن التأخير ليس أساسه سكوت الشهود على الجريمة وإنما يرجع لبعد المسافة فلا تهمة فى هذا التأخير ومما يؤثر فى ذلك أن قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمل إلى المدينة فأقام عليه الحد ولا شك أن الرائحة كانت قد زالت عندما وصل الشهود إلى المدينة ولكن التقادم لم يعتبر لأن التأخر كان بعذر وهو بعد المسافة عن الإمام[٣] .

ولا يسلم بقية الأئمة بنظرية أبى حنيفة فى عدم قبول الشهادة بالتقادم وإن كان هناك رأى لأحمد يتفق مع رأى أبى حنيفة ولكنه غير معمول به فى المذهب وقد سبق أن بينا ذلك عند الكلام على الزنا .

٥٨٩ – ثانياً . الإقرار :– تثبت الجريمة بإقرار الجانى ويكفى فى الإقرار مرة واحدة فى المذاهب الأربعة وإن كان أبو يوسف يرى أن كل إقرار يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود[٤] .. ويسرى على

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨١ (٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٠

الإقرار هنا مايسرى على الإقرار فى الزنا . وإذا أقر الجانى وهو سكران فحكم إقراره (يراجع ما كتب فى القتل عن إقرار السكران) .

ويشترط أبو حنيفة وأبو يوسف أن لايكون الإقرار قد تقادم ، فإذا كان قد تقادم لم يقبل من المقر ، وحد التقادم عندهما هو ذهاب الرائحة ، فمن أقر بشرب الخمر أو السكر بعد ذهاب الرائحة لم يقبل إقراره ولكن محمداً لا يرى بطلان الإقرار بالتقادم لأن عدم القبول للتقادم سببه التهمة والإنسان لايتهم على نفسه فإذا أقر أخذ بإقراره مهما مضى على الحادث[1] .

٥٩٠ : الرائحة : يرى مالك أن الرائحة وحدها تعتبر دليلا على الشرب ولو لم يشهد أحد برؤية الجانى وهو يشرب ، فإن شهد شخصان بقيام الرائحة فى فم الشارب أو شهد أحدهما برؤيته يشرب وشهد الثانى بأنه شم من فيه رائحة الخمر فعلى الجانى الحد وهذا الرأى رواية عن أحمد . ولكن أبا حنيفة والشافعى ورأيهما الرواية الراجحة لأحمد يريان أن الرائحة لاتعتبر وحدها دليلا على الشرب، ويرى أبو حنيفة كما قدمنا أن الرائحة يجب أن يثبت وجودها مع الشهادة بالشرب وهو يخالف فى هذا الشافعى وأحمد والقائلون بالحد بالرائحة يحتجون بأن ابن مسعود جلد رجلا وجد فيه رائحة الخمر وبما روى عن عمر أنه قال إنى وجدت من عبيد الله ريح شراب فأقر أنه شرب الطلا فقال عمر إنى سائل عنه فإن كان مسكراً جلدته ويحتجون بأن الرائحة تدل على الشرب فجرى مجرى الإقرار أما الذين لايقبلون الرائحة دليلا فيرون أن الرائحة يجوز أن تكون من غير الشرب فيحتمل أنه تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت فى فيه مجها أو أكل نبقا أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات[2] .

٥٩١ ـ السكر : يعتبر أبو حنيفة وجود الشخص فى حالة سكر دليلا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٠ ، ١٨١

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢ ـ شرح الزرقانى ص ١١٣ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٨٤

على أنه سكر من غير الخمر فإذا شهد اثنان على شخص بأنهما وجداه فى حالة سكر ووجدت فيه رائحة المسكر عند هذا الشخص أو شهد الشاهدان بأنهما اشتما رائحة المسكر وجب عليه حد السكر (١) .. ولا يرى الشافعى فى السكر دليلا على الشرب لاحتمال أنه احتقن أو استعط أو أنه شربها لعذر من غلط أو إكراه (٢) ورأى الشافعى رواية فى مذهب أحمد (٣) .

وإذا كان مالك يرى الحد لمجرد الرائحة كما يراه أحمد فى أحد رأييه فإن الحد يجب عندهما لوجود الشخص فى حالة سكر من باب أولى لأن السكر لا يكون إلا بعد الشرب (٤) .

٥٩٢ ــ القيء : لا يعتبر القيء وحده دليلا عند أبى حنيفة لكن إذا ثبت من القيء وجود رائحة الخمر وكان الجانى قد أخذ فى حالة سكر أو شهد عليه شاهدان بالشرب فإن الجريمة تثبت عليه لأن أبا حنيفة كما ذكرنا يشترط مع الشرب ومع السكر الرائحة (٥) .

أما الشافعى فلا يرى القيء دليلا على الشرب لما سبق ذكره وهذا رأى لأحمد .

أما مالك وهو يوجب الحد بالرائحة كما يوجبه أحمد فى أحد رأييه فيجب أن يكون القيء عندهما دليلا يثبت به الحد من باب أولى لأنه لا يتقيأ إلا بعد الشرب .

ومن يثبت الحد بالقيء يحتج بما حدث فى محاكمة قدامة والوليد بن عقبة فقد شهد علقمة الخفى على قدامة فقال أشهد أنى رأيته يتقيؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها وضرب به الحد .

أما ما حدث فى محاكمة الوليد بن عقبة فقد شهد عليه رجلان فشهد أحدهما أنه رآه يشربها ، وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها وكان ذلك كله بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد فكان إجماعاً (٦) أما من

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ وما بعدها

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٤ (٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢ (٥) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ ، ١٨٤

(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٢

لا يرى القيء دليلا على الشرب فيرى أن هـذا من عمر وعثمان اجتهاد وليس فيه إجماع[1] .

٥٩٣ ـ هل يقضي القاضي بعلمه ؟ : وليس للقاضي أن يقضي بعلمـه في الشرب والسكر ولو عاين الحادث بنفسه أو أقر له به الجاني مادام ذلك في غير مجلس القضاء .

٥٩٤ ـ امتناع التنفيذ : يمتنـع التنفيذ كلما سقطت العقوبة ، وهي تسقط بما يأتي :

١ ـــ الرجوع عن الإقرار إذا لم يكن دليل إلا هو .

٢ ـــ رجوع الشهود عن شهادتهم إذا لم يكن دليل إلا الشهادة .

٣ ـــ بطلان أهلية الشهود للشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ وهو شرط أبي حنيفة خاصة .

* * *

(١) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٤ .

الكتاب الرابع

السـرقة

٥٩٥ - أنواع السرقة: - السرقة فى الشريعة الإسلامية نوعان: (١) سرقة عقوبتها حد. (٢) سرقة عقوبتها التعزير. والسرقة المعاقب عليها بالحـد نوعان: - أ - سرقة صغرى، ب - سرقة كبرى. فأما السرقة الصغرى فهى أخذ مال الغير خفية أى على سبيل الاستخفاء[1].. أما السرقة الكبرى فهى أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمى السرقة الكبرى حرابة وسنفصل القول فيها فيما بعد، والفرق بين السرقة الصغرى والسرقة الكبرى هو أن السرقة الصغرى يؤخذ فيها المال دون علم المجنى عليه ودون رضاه ولا بد لوجود السرقة الصغرى من توفر هذين الشرطين معاً فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة صغرى، فمن سرق من دار متاعاً على مشهد من صاحب الدار دون استعمال القوة والمغالبة لا يعتبر فعله سرقة صـغرى وإنما يعتبر فعله اختلاساً ومن خطف مالا من آخر لا يعتبر فعله سرقة صغرى وإنما يعتبر فعله خطفاً أو نهبا، والاختلاس والغصب والنهب كلها صور من صور السرقة ولـكن لاحد فيها، ومن أخذ متاعاً من دار برضاء صاحبها وفى غير حضوره لا يعتبر سارقاً. أما السرقة الكبرى فيؤخذ فيها المال بعلم المجنى عليه

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ - الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ أسنى المطالب ج ١٤ ص ١٣٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٣٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥.

ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة . فإن لم تكن مغالبة فالفعل اختلاس أو غصب أو نهب مادام الرضاء غير متوفر .

٥٩٦ - السرقة المعاقب عليها بالتعزير : - هي نوعان : - أولها يدخل فيه كل سرقة ذات حد لم تتوفر شروط الحد فيها أو درىء فيها الحد للشبهة كأخذ مال الابن وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة فى الأصل صغرى أو كبرى . . وثانيهما : هو أخذ مال الغير دون استخفاء أى بعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبغير مغالبة ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب مثل أن يأخذ السارق ملابس آخر خلعها ووضعها بجواره ثم يهرب بها على مرآى من المجنى عليه ، ومثل أن يخطف شخص من آخر ورقة مالية كان يمسكها بين أصابعه . وهذا النوع من السرقة لاحد فيه أى لاقطع فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لاقطع على نباش ولا منتهب ولاخائن » ولاتخرج السرقات فى الشريعة الإسلامية عن هذه الأنواع الأربعة و يطلق الفقهاء عادة لفظ السرقة دون تمييز على السرقة الصغرى و إذا تكلموا عن السرقة وأحكامها فإنما يقصدون السرقة الصغرى بينما يسمون السرقة الكبرى الحرابة أو قطع الطريق ، أما ماعدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة .

والسبب الذى دعا الفقهاء إلى إطلاق لفظ السرقة على السرقة الصغرى دون تمييز أن عقوبتها قطع اليد وأن أكثر السرقات تقع على سبيل الاستخفاء أى تقع سرقة صغرى . والقاعدة العامة التى يسير عليها الفقهاء أنهم يعنون عناية تامة بالجرائم المعاقب عليها بحد أو قصاص فيبينون أركانها وشروطها ويفصلون أحكامها ولا يتركون صغيرة ولا كبيرة إلا بينوا حكمها . أما الجرائم المعاقب عليها بالتعزير فلا يعنون بها تلك العناية ولا يتعرضون إلا المهم منها ، ومايتعرضون له يكتفون ببيان أحكامه مجملة و إن كانوا قد عنوا بالتعازير عامة فيما يختص بأنواع العقوبات وحد كل عقوبة وسلطة القاضى وولى الأمر . ولعل عذر الفقهاء فى أخذهم بهذه الطريقة أن أكثر جرائم التعزير يترك لأولى الأمر تحديد الأفعال المكونة لها

والعقوبات التى تقع على مرتكبيها وأن هذه الجرائم يختلف النظر إليها باختلاف البلدان ونوع الحكومات فكان من المعقول أن لا يهتم بتفصيل أحكام الجرائم التعزيرية كما تفصل أحكام الجرائم الثابتة وهى جرائم الحدود والقصاص خصوصا وأن فكرة تجميع الأحكام التشريعية والأفعال المحرمة فى مجامع تنشر على الناس لم تكن ظهرت بعد . .

ويجب أن نلاحظ أن الفقهاء حين يتكلمون على السرقة الصغرى يتناول كلامهم بالضرورة السرقة المعاقب عليها بالتعزير بنوعيها إذ النوع الأول ليس إلا سرقة فيها الحد ، تخلف فيها شرط من شروط الحد ولأن النوع الثانى وهو مايطلق عليه الاختلاس لا يختلف عن السرقة الصغرى إلا فى بعض الشروط التى يجب توفرها فى السرقة دون الاختلاس فكان الكلام على السرقة شاملا للاختلاس فكل سرقة صغرى إذا انتفت بعض شروطها تصبح اختلاساً .

ويمكننا أن نحصر أوجه الخلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس فيما يأتى:

١ — عقوبة السرقة القطع وعقوبة الاختلاس التعزير .

٢ — الركن المادى فى السرقة الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وفى الاختلاس الأخذ دون استخفاء . .

٣ - يشترط فى السرقة أن يكون المسروق فى حرز ولا يشترط ذلك فى الاختلاس.

٤ — يشترط فى السرقة أن يبلغ المسروق نصاباً معيناً ولا يشترط ذلك فى الاختلاس .

ونستطيع بعد معرفة الفرق بين السرقة والاختلاس أن نقول بأن أحكام الاختلاس فى الشريعة تكاد تكون نفس أحكام القانون المصرى فى السرقات المعتبرة جنحاً وإذا كان ثمة فرق بين الشريعة والقانون فى بعض الحالات كما فى حالة اعتبار القانون للاختلاس الحاصل من متعهد النقل سرقة وعدم اعتباره خيانة أمانة كما هو الحال فى الشريعة فإن القانون يجب اتباعه فى هذه الحالة لأن الجريمة من الجرائم التعزيرية وهى محرمة اعتبرت فى تكييفها سرقة أو خيانة أمانة ولولى

الأمر سلطة كبرى فى تحديد عقوبات الجرائم التعزيرية فإذا عاقب عليها بعقوبة السرقة فإن أمره يجب أن يطاع .

وإذا قارنا الشريعة الإسلامية بالقانون المصرى فيما يختص بالسرقات وجدنا أن الشريعة تعاقب على نفس الأفعال التى يعاقب عليها القانون باعتبارها سرقة، فالشريعة تعاقب على أخذ المال خفية (السرقة الصغرى) وعلى أخذه مغالبة أى بإكراه وتهديد فى الطرق العامة وغيرها (السرقة الكبرى أو الحرابة) وعلى أخذه بغير استخفاء وبغير مغالبة (الاختلاس) وكذلك القانون يعاقب على اختلاس المال سواء كان الاختلاس بعلم المجنى عليه أو بغير علمه ، أى سواء أخذ خفية أو غير خفية ، مادام ذلك دون رضاه وبغير إكراه ويعتبر القانون الأفعال التى من هذا النوع جنحاً ، كذلك يعاقب القانون على الاختلاس مغالبة أى بإكراه أو تهديد فى الطرق العمومية وغيرها وتعتبر الأفعال التى من هذا النوع جنايات .

ولقد كانت القوانين الوضعية تعاقب حتى الثورة الفرنسية على اختلاس منفعة الشىء وعلى اختلاس حق حيازته ، على اعتبار أن اختلاس المنفعة واختلاس الحيازة سرقة كذلك كانت هذه القوانين تخلط بين السرقة والتبديد والغصب وتعتبرها جميعاً سرقة متأثرة فى ذلك بأحكام القانون الرومانى الذى أخذت عنه ، أما الشريعة الإسلامية فإنها على قدمها وقد وجدت من أكثر من ثلاثة عشر قرناً لم تخلط بين سرقة الشىء والانتفاع به أو استرداد حيازته ولم تخلط بين السرقة وبين الجرائم الأخرى الواقعة على الأموال كالغصب والتبديد وسنرى عندما نستعرض الأفعال المكونة لجريمة السرقة على وجه التفصيل أنها لاتختلف شيئاً عما وصلت إليه أرقى القوانين الوضعية الحديثة ، ولست أريد من هذا أن أبين للناس مدى دقة فقه الشريعة وصفاته وإنما أريد أن أبين للناس أن القانون الوضعى حين يتطور مرة بعد مرة إنما يسير فى أثر الشريعة ويأخذ بمبادئها . وحين يقال إنه وصل إلى الكمال يكون قد أوشك

يبلغ فقط بعض ما بلغته الشريعة وأن اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية عن الشريعة قد أصبح قريباً جداً وأقرب مما يظن أكثر الناس .

المبحث الأول

في أركان السرقة

٥٩٧ ـ عرفنا السرقة فيما سبق بأنها أخذ مال الغير خفية . وظاهر من هذا التعريف أن أركان السرقة أربعة : (١) ـ الأخذ خفية . (٢) ـ أن يكون المأخوذ مالا . (٣) ـ أن يكون المال مملوكا للغير . (٤) ـ القصد الجنائى .

الركن الأول

الأخـــذ خفية

٥٩٨ ـ معنى الأخذ خفية هو أن يؤخذ الشيء دون علم المجنى عليه ودون رضاه كمن يسرق أمتعة شخص من داره فى غيبته أو أثناء نومه أو من يسرق حاصلات من جرن فى غيبة صاحبها أو أثناء نومه ، فإن كان الأخذ فى حضور المجنى عليه ودون مغالبة فالفعل اختلاس لاسرقة ، وإن كان الأخذ دون علم المجنى عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة .

ويجب فى الأخذ أن يكون تاماً فلا يكفى لتكوين الجريمة أن تصل يد الجانى للشيء المسروق بل لابد أن يكون الأخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط :

أولها : أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه ، ثانيهـا : أن يخرج الشيء المسروق فى حيازة المجنى عليه ، ثالثها : أن يدخـــل الشيء المسروق فى حيازة السارق ، فإذا لم يتوفر أحد هذه الشروط اعتبر الأخذ غير تام ، وكانت عقوبته التعزير لا القطع . فمن تسور داراً ليسرق منها فضبط قبل أن يصل إلى شيء مما فى الدار أو ضبط وهو يجمع المتاع ، ومن دخل زريبة ليسرق

منها دابة ففك قيدها أو اعتلى ظهرها ثم ضبط قبل أن يخرج بها ، ومن دخل جرنا ليسرق منه قمحاً فى غرارة مثلا فضبط وهو يملأ الغرارة أو ضبط بعد ملئها وهو يحاول أن يحملها أو ضبط بعد أن حملها وقبل أن يخرج بها من الجرن فكل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن ما أتاه من الأفعال لم يخرج الشىء المراد سرقته من حرزه أى المحل المعد لحفظه ومادام المال لم يخرج من حرزه فهو لم يخرج من حيازة المجنى عليه ولم يدخل فى حيازة الجانى[1] .

ويترتب على اشتراط الأخذ التام أن لا يقطع فى سرقة لم تتم فكل مانعتبره اليوم شروعاً فى سرقة يعاقب عليه بالتعزير ولا يعاقب عليه بالقطع .

ولكن أصحاب المذهب الظاهرى يوجبون القطع فى الشروع كلما وضع السارق يده على الشىء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، فمن أخذ وهو يجمع المتاع من منزل المجنى عليه وقبل أن يحمله ويخرج به أو أخذ وهو يحمله وقبل أن يخرج به قطع مادام قد بدأ فعل السرقة لأن ما وقع منه يجعله سارقاً ولأن الظاهريين لا يشترطون الحرز فى السرقة ولهذا فهم يعتبرون الأخذ تاماً بمجرد تناول الشىء المسروق بقصد سرقته ولو لم يخرج الشىء من حيازة المجنى عليه ويدخل فى حيازة الجانى حيازة فعلية ونهائية[2] وإن كانوا يفرقون بين السرقة والاختلاس ويرون القطع فى السرقة دون الاختلاس .

وعبارة الأخذ خفية فى الشريعة يقابلها لفظ الاختلاس فى القوانين الوضعية ، ويشترط ليكون الاختلاس تاماً فى القانونين المصرى والفرنسى أن يخرج الشىء من حيازة المجنى عليه وأن يدخل فى حيازة الجانى ، ومعنى هذا أن الشريعة

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٩ – المهذب جـ ٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ – كشاف القناع جـ ٤ ص ٧٩ – نهاية المحتاج – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٨ ، ١٤١ وما بعدها شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ – بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٥ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ – المدونة جـ ١٦ ص ٧٢ – شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٧ .

(٢) المحلى ص ٣١٩ ، ٣٢٧ .

تشترط زيادة على ما تشترطه القوانين الوضعية أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه ، وهذه الزيادة شرط لابد من توفره فى كل سرقة معاقب عليهـا بالقطع عند أصحاب المذاهب الأربعة والشيعة الزيدية ، أما الظاهريون فـلا يشترطون الإخراج من الحرز كما قدمنا بل إنهم لايشترطون للقطع إخراج الشيء من حيازة المجنى عليه وإدخاله فى حيازة الجانى ، ويكتفون بأن يتناول الجانى الشيء بقصد سرقته لاعتباره آخذاً له خفية ومستحقاً لعقوبة القطع .

وتتفق المذاهب الأربعة والشيعة عدا مذهب الظاهريين ، وتتفق الشريعة مع القانون المصرى والفرنسى إذا كانت السرقة واقعة على مال غير محرز . فهذه السرقة لاقطع فيها وعقوبتها ويكفى فيها لاعتبار الأخذ تاما أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه ويدخل فى حيازة السارق ، فمثلا إذا سرق الجانى دابة المجنى عليه أثناء سيرها فى الطريق دون حارس فإن مجرد ركوبه للدابة يعتبر أخذاً تاماً لها لأنه يدخلها فى حيازة الجانى ويخرجها من حيازة المجنى عليه .

وتتفق الشريعة أيضاً مع القانون المصرى والفرنسى إذا كان الفعل الحاصل من الجانى مما يعتبر فى الشريعة اختلاساً فإن الاختلاس عقوبته التعزير لاالقطع ، ويكفى فى حالة الاختلاس لاعتبـار الفعل تاماً أن يخرج الشيء المختلس من حيازة المجنى عليه ويدخل فى حيازة المختلس ، فمن خالس المجنى عليه وخطف من يده ورقة مالية أو أخذ ثوبه من جواره فإن الاختلاس يعتبر تاما بمجرد دخول الورقة المالية أو الثوب فى حيازة المختلس ولو لم يبرح محل الاختلاس .

وإخراج الشيء المسروق من حرزه يتبعه دائماً إخراج هذا الشيء من حيازة المجنى عليه ، فمن سرق من زريبة أو منزل أو دكان يعتبر أنه أخرج المسروق من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الزريبة أو المنزل أو الدكان ، وكذلك من يسرق من جيب إنسان يعتبر أنه أخرج المسروقات من حيازة المجنى عليه بمجرد إخراج المسروقات من الجيب لأن الجانى فى هذه الأحوال جميعاً يزيل عن المسروقات يد المجنى عليه .

وإخراج الشيء المسروق من حيازة المجنى عليه لا يتوقف دائماً على خروج السارق به من الحرز ، فقد يخرج المسروق من حيازة المجنى عليه مع بقاء الجانى فى الحرز ومع عدم خروج المسروق من الحرز ومثال ذلك أن يبتلع السارق المسروقات فى الحرز إذا كانت مما لا يفسد بالابتلاع كجواهر أو نقود ابتلعها السارق داخل الحرز ففى هذه الحالات وأشباهها تدخل المسروقات فى حيازة السارق وتخرج من حيازة المجنى عليه قبل أن يخرج السارق من الحرز وقبل أن يعتبر الأخذ تاماً لأنه لا يتم إلا بالخروج من الحرز[1]

أما إذا كان الشيء الذى ابتلع فى الحرز مما يفسد بالابتلاع كاللبن أو الحلوى وما أشبهه فالفعل لا يعتبر سرقة فى الشريعة وإنما هو إتلاف ، والقاعدة فى الشريعة أن كل ما استهلك فى محل الحادث فهو متلف لا مسروق سواء استهلك بواسطة أكله أو شربه أو تمزيقه أو تحريقه إلى غير ذلك[2] .

ويرى أبو حنيفة أن إخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه لا يستتبعه حتما دخوله فى حيازة الجانى ومثل ذلك أن يأخذ السارق متاعاً ويلقى به إلى خارج المنزل ثم يخرج ليأخذه فيجد أن غيره عثر عليه وأخذه أو أن يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فإذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها . ففى هاتين الحالتين وأمثالهما . ويرى أبو حنيفة أن المسروق لم يدخل فى حيازة السارق لأنه لا يدخل فى حيازة السارق إلا إذا خرج من حيازة المجنى عليه ويد الآخر تظل قائمة على الشيء حتى يخرج من حرزه فبالإخراج تزول يد المالك[3] .

فإذا أخرج اللص الشيء من الحرز زالت عنه يد المالك فإذا عثر عليه لص

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢١٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٩ ، ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٨

(٢) تراجع نفس المراجع السابقة .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١

آخر فأخذه فقد اعترضت يد اللص الأخير يد اللص الأول الذى أخرج المسروق ولم يدخل المسروق فى حيازة السارق وإنما دخل فى حيازة اللص الثانى ويسمى أبو حنيفة هذه النظرية بنظرية اليد المعترضة ويرتب عليها عدم قطع يد السارق ولو أنه أخرج المسروق من الحرز ويرى أن العقوبة هى التعزير(١) .

وإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز ثم ضبط قبل أن يخرج ليأخذه فلا يعتبر أن المسروق دخل فى حيازته لأن يده لم تكن ثابتة عليه وقت إخراجه ولو بقى الشىء فى خارج الحرز لم يأخذه أحد حتى ضبط السارق(٢) أما إذا رمى بالشىء خارج الحرز ثم خرج فأخذه فعليه القطع .

ولكن زفر يرى أن لا يقطع السارق فى هذه الحالة وحجته أن الأخذ من الحرز لا يتم إلا بالإخراج منه ، والرمى ليس بإخراج ، والأخذ من الخارج ليس أخذا من الحرز ، ورد عليه بأن المال بإلقائه فى الخارج أصبح فى حكم يد السارق وإن كانت يده غير ثابتة عليه فإذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وأن الرمى ليس إلا الأخذ من الحرز(٣) ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن المسروق يدخل فى حيازة السارق حكما بمجرد خروجه من حيازة المجنى عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا ماديا وإذن فاليد المعترضة لا يحتاز المسروق إلا بعد دخوله فى حيازة السارق(٤) .

ومن ثم تتم شروط الأخذ خفية وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية(٥) فهم يرون أنه يكفى لقطع السارق أن يخرج المسروق بأى وسيلة وأن يكون الإخراج بفعله حملا أو رمياً أو جراً أو إكراهاً أو تدليسا سواء أخذه بعد إخراجه أو تركه أو أخذه غيره ويعتبر الأخذ تاماً عندهم بالإخراج ولو رد الجانى المسروق لحرزه بعد إخراجه .

---

(١) تراجع نفس المراجع (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٤٧ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ ـ المدونة ج ١٦ ص ٧١ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

والأخذ خفية على نوعين فهو إما أن يكون أخذاً مباشراً وإما أن يكون أخذاً بالتسبب . فأما الأخذ المباشر فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه ، أو أن يؤدى فعله مباشرة إلى إخراجه كأن يدخل الحرز فيحمل المسروق أو يلقى به إلى خارج الحرز ، أو أن يدخل يده فى الحرز فيأخذ المسروق أو يلتقطه بمحجن أو أن يبطر جيباً فيسقط منه المال أو ينقب حرزاً فيه طعام أو حب فينثال منه إلى الخارج ، إلا أن بعض الفقهاء يجعل لهذه القاعدة استثناءات سنتحدث عنها فيما بعد ، وإذا حمل السارق المسروق إلى خارج الحرز أو ألقى بالمسروق إلى خارج الحرز أو أدى فعله المباشر إلى إخراج المسروق من الحرز فإن شروط الأخذ خفية تكون تامة ويقطع السارق بسرقته[1] .

أما إذا ضبط قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدى فعله إلى إخراجه فلا قطع عليه إلا فى رأى الظاهريين وحدهم لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجانى للشىء المسروق ولأنهم لا يعتبرون الحرز . وعند باقى الفقهاء على الجانى التعزير ولا قطع عليه لأن شروط الأخذ حقيقة لن تتم وقد سبق الكلام فى هذه النقطة .

وإذا ضبط السارق بعد إلقاء المتاع المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج إلى الحرز لأخذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة المجنى عليه إلا أنه لم يدخل فى حيازة السارق الفعلية أو لأن يد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر فى حيازته[2] فعلا وإن كان الحنفية يعتبرون الشىء فى حيازة السارق حكما بإلقائه مالم تكن هناك يد معترضة أى شخص يضع يده على الشىء[3] وهم متفقون على قطع السارق فيما ألقاه خارج الحرز ثم خرج فأخذه ولا يخالفهم فى هذا إلا زفر وقد بينا من قبل سبب خلافه .

---

(١) مهذب ج ٢ ص ٢٩٧ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ـ الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤

ويرى بقية الأئمة ومعهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكما بمجرد إلقائه إلى خارج الحرز وأن الحيازة الحكمية تكفي لاعتبار الأخذ تاماً كالحيازة الفعلية سواء بسواء فإذا ألقى السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تمت السرقة سواء خرج السارق فأخذه أو وجد أن غيره قد استولى عليه سواء ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط . إلا أن الإمام مالك تردد في اعتبار السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد إلقاء المسروقات في خارجه ولكن المذهب على اعتبار السرقة تامة[١] وإذا أخرج السارق المتاع المسروق من بعض الدار إلى ساحتها فلا يعتبر الأخذ تاماً لأن الدار جميعها حرز واحد ولأن المتاع لم يخرج بعد من الحرز ولا يخالف هـذا إلا الظاهريون لأنهم يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول السارق للشيء المسروق ولو لم يبرح مكانه . أما إذا كانت الدار مكونة من بيوت أو غرف مستقلة يعتبر كل منها مسكناً مستقلا فالأخذ من أحد البيوت أو الغرف يعتبر تاماً إذا أخرج السارق المتاع المسروق إلى ساحة الدار المشتركة أو ضبط فيها ومعه المسروقات لأن كل بيت أو غرفة حرز مستقل وليس له علاقة بساحة الدار فإذا أخرج السارق المسروقات إلى ساحة الدار فقد أخرج المسروق من حرزه[٢].

وإذا استهلك الجاني الشيء أو أتلفه داخل الحرز فهو متلف للشيء لا سارق له فأما إذا خرج بشيء منه بعد إتلافه فهو سارق لما خرج به إذا بلغ نصاباً وتقدر قيمة المسروق بما خرج به لا بما أتلفه وهذا هو رأي مالك والشافعي وأحمد[٣]

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧١ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ المغني ج ١٠ ص ٢٥٩ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤٣٩ — المغني ج ١٠ ص ٢٦٠ — مهذب ٢ ص ٢٩٧ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ٢٦١ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ — شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩ .

وبهذا الرأى تأخذ الشيعة الزيدية [١] .

وهذا ما يراه أبو حنيفة ومحمد إلا أن أبا يوسف يرى أن من أتلف الشيء داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيمته نصابا فإنه لا يقطع لأنه بالإتلاف ضمن قيمة الشيء والمضمونات تملك عند أداء الضمان أو اختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق قيمة المسروق لملكه من وقت الأخذ فلو قطع لقطع فى ملك نفسه [٢] .

وإذا ابتلع الجانى المسروق داخل الحرز فيفرقون بين ما يفسد بالابتلاع كالطعام والشراب وما لا يفسد به كالجواهر والنقود ، فأما ما يفسد بالابتلاع فلا يعتبر ابتلاعه أخذاً أى سرقة وإنما يعتبر إتلافاً و يعاقب عليه بعقوبة التعزير وأما مالا يفسد بالابتلاع ففيه آراء أولها : الابتلاع يعتبر استهلاكا للشيء فهو إتلاف لا سرقة وتظهر وجاهة هذا الرأى فى حالة ما إذا لم يخرج الشيء من جوف الجانى و بقى به وثانيها :أن الابتلاع يعتبر أخذاً كما لو خرج الشيء فى وعاء وتظهر وجاهة هذا الرأى فى حالة خروج المسروق من جوف الجانى وعلى هذا الرأى المالكية و بعض الشافعية [٣] .

وثالثها : يفرق بين خروج المسروق بعد ابتلاعه وعدم خروجه فإن خرج فالفعل سرقة وإن لم يخرج فالفعل إتلاف [٤] ورابعها : وهو للحنابلة فبعضهم يعتبر الفعل إتلافاً فى كل حال وبعضهم يعتبره سرقة إذا خرج الشيء الذى بلع فإذا لم يخرج فهو إتلاف [٥] .

وإذا استهلك الجانى أو ابتلع بعض الشيء ثم خرج ببعضه الباقى فهو متلف لما استهلك أو ابتلع إن كان يفسد بالابتلاع وسارق لما خرج به من الحرز إذا تمت فيه شروط الأخذ خفية مع مراعاة وجود الخلاف والآراء المختلفة التى سبق

---

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٧٠ ، ٧١ .

(٣) شرح الزرقانى ص ٩٩ (٤) أسنى المطالب ج٤ص١٨٤—مهذب ج٢ ص ٢٩٧ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٢٦١ .

عرضها وإذا كان للإخراج من الحرز أهمية فى بيان الأخذ التام من غيره فإن له أهمية قصوى فى حالة تعدد الجناة لأن القاعدة فى الشريعة أن عقوبة القطع على من أخرج الشئ المسروق من حرزه فقط أما من لم يخرجه فعليه التعزير.

٥٩٩ - نظرية الهتك المتكامل : وإذا كان السارق واحداً فنقب الحرز كما لو كان منزلا مثلا وأدخل يده فى الثقب وأخذ المتاع أو مد قصبة أو محجنا فأخذه به فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن السارق لم يدخل الحرز وهتك الحرز هتكاً متكاملا شرط لتكامل الجناية ولا يتصور تكامل الهتك فيما يمكن الدخول منه إلا بالدخول فعلا أما مثل الصندوق والغرارة فلا يمكن الدخول فيهما فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملا وتسمى هذه النظرية بنظرية الهتك المتكامل [١] ولكن الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة والشيعة الزيدية يرون الأخذ تاما سواء دخل السارق الحرز أو لم يدخله لأن ركن السرقة الأخذ من الحرز وليس دخول الحرز فكل ما أمكن الأخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام [٢] .

٦٠٠ - تعدد الجناة - : وإذا اشترك فى السرقة اثنان فدخل أحدهما الحرز وبقى الثانى فى خارجه وناول الداخل للخارج المسروق من وراء الجدار أو من فتحة الباب أو من نقب فى الحائط فيرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معاً فأما بالنسبة الداخل فلأنه وإن كان قد أخرج المتاع بفعله من الحرز ومن حيازة المجنى عليه إلا أن المتاع لم يدخل فى حيازة الداخل وإنما دخل فى حيازة زميله الذى كان فى الخارج ومن ثم فالأخذ غير تام بالنسبة للداخل ورأى أبى حنيفة فى هذه المسألة تطبيق لنظرية اليد المعترضة التى سبق

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص١٤٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧ ، ٣٦٨ .

بيانها ، أما بالنسبة للخارج فإن كان المسروق قد دخل فى حيازته فإنه لم يخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه ومن ثم كانت شروط الأخذ غير تامة بالنسبة له .

ويتفق الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة على اعتبار الأخذ تاماً بالنسبة للداخل ويرون أن المتاع المسروق يدخل فى حيازة الداخل الذى أقام زميله الخارج مقامه بتسليم المسروقات إليه ولكنهم إذا خالفوا رأى أبى حنيفة بالنسبة للداخل فإنهم يرون رأيه بالنسبة للخارج(١) .

والمفروض فى المسألة السابقة أن الداخل أخرج يده بالمسروقات إلى خارج الحرز فناولها زميله الخارج ، أما إذا أدخل الخارج يده فى الحرز فأخذ المتاع المسروق من يد زميله الموجود داخل الحرز فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة لأيهما ، فأما الخارج فلأنه لم يدخل الحرز فيهتكه هتكاً متكاملاً ، وهذا تطبيق لنظرية الهتك المتكامل ، وأما الداخل فلأنه لم يخرج المسروق من الحرز ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية وأبو يوسف صاحب أبى حنيفة يرون أن الأخذ يعتبر تاماً بالنسبة للخارج لأنه أخرج المتاع المسروق من الحرز ومن حيازة المجنى عليه وأدخله فى حيازة نفسه ولأن ركن السرقة هو الأخذ وقد أخذ المسروق وليس ركن السرقة الدخول فى الحرز أما بالنسبة للداخل فيتفق رأى هؤلاء الفقهاء مع رأى أبى حنيفة(٢) .

وإذا وضع الداخل المسروقات فى وسط الثقب فمد الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت أيديهما فى الثقب بموضع لم يخرجه الداخل من الحرز ولم يخرجه الخارج من الحرز فتعاونا معا على إخراجه وأخرجاه من الحرز فالأخذ تام

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٠ - الزرقانى ج ٨ ص ١٠٤ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٨

(٢) تراجع المراجع السابقة .

بالنسبة لكليهما فى رأى مالك [1] ، وهو كذلك عند أحمد وأبى يوسف من فقهاء الحنفية [2] ، ولكن الشافعى يرى أن الأخذ لا يعتبر تاماً بالنسبة للداخل والخارج معاً لأن الداخل لم يخرجه من تمام الحرز ولأن الخارج لم يأخذه من داخل الحرز [3] .

أما عند أبى حنيفة فلا يعتبر أحدهما آخذاً لأن الخارج لم يدخل الحرز ويهتكه هتكاً متكاملا ولأن الداخل لم يخرجه من الحرز وعلى فرض أنه أخرجه فإن يداً أخرى اعترضت يده .

وإن دخل أحدهما إلى الدار فربط المسروقات بحبل وكان طرف الحبل مع آخر فى الخارج فجر المسروقات حتى أخرجها من الحرز فالأخذ تام بالنسبة للخارج عند الشافعى وأحمد وأبى يوسف والشيعة الزيدية وليس تاماً بالنسبة للداخل . أما عند أبى حنيفة فالأخذ ليس تاما أيضا بالنسبة للخارج تطبيقا لنظرية الهتك المتكامل [4] .

وإذا دخلا معا فى الحرز فصعد أحدهما إلى سطح المنزل وجمع الثانى المتاع المسروق فربطه بحبل فجره على السطح وألقى به إلى الخارج فالأخذ تام بالنسبة لكليهما عند مالك وأبى حنيفة وأحمد وليس تاما عند الشافعى إلا بالنسبة لمن ألقى به إلى الخارج [5] ، فأما الشافعى فيرى أن الأخذ تام لمن أخرج المسروق أما من لم يخرجه فلا يعتبر الأخذ تاما له وهو يسير فى هذا على القاعدة العامة ، أما من اعتبروا الرابط مخرجا للمتاع فإنهم يعتبرونه كذلك على أسس مختلفة فمالك يعتبره مخرجا لأن فعل الربط جاء مصاحبا لفعل الإخراج وهو يعتبر الشخصين مخرجين كلما تصاحب فعلاهما حال الإخراج وأبو حنيفة وأحمد

---

(١) المدونة ج ١١ ص ٧٣ .
(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ .
(٤) المراجع السابقة .
(٥) المدونة ج ١٦ ص ٧٣ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ — المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

يعتبران من يدخل الحرز مخرجا للمسروق ولو لم يحمل من المسروق شيئاً مادام شريكه أو شركاؤه قد احتملوه[١] .

وسنتكلم على هذه القاعدة بتوسع عند الكلام على الإعانة ، وتأخذ الشيعة الزيدية بهذه القاعدة[٢] على أن فيهم من يأخذ برأى الشافعى .

وإذا بطل الحرز قبل إخراج المسروقات منه فلا تتم شروط الأخذ خفية لأن شروط الإخراج من الحرز يتقدم وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولاقطع فيها وإنما فيها التعزير ، ومثل ذلك أن يؤذن للسارق بدخول الحرز لأن الإذن يبطل الحرز فى حق المأذون له وكذلك الحارس على الشيء المسروق فى حالة ماإذا كان المال محرزاً بحارس . أماإذا بطل الحرز بعدإخراج المسروقات فإن ذلك لايؤثر على السرقة التى تمت بتمام شروط الأخذ خفية .

وسنتكلم على مايبطل الحرز عند الكلام عن الحرز . ويبطل الحرز عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية بفتح الباب والثقب ولكنه لايبطل بهما عند مالك وأبى حنيفة فإذا ثقب شخص حرزاً أو فتح بابه ولم يسرق شيئاً فجاء آخر ودخل الحرز وسرق منه متاعاً فلا قطع على أحدهما عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية لأن الأول لم يأخذ شيئاً فلا يسأل عن السرقة وإنما يسأل عن إتلاف الحائط ولأن الثانى أخذ المتاع من غير حرز والسرقة من غير حرز لاقطع فيها .

أما مالك وأبو حنيفة فيريان أن الأخذ تام بالنسبة الثانى الذى دخل الحرز وأخذ المتاع لأن الثقب لم يخرج المكان عن كونه حرزاً[٣] .

ويرتب الحنابلة على القول بأن الثقب يبطل الحرز أن الجانى لو ثقب فى ليلة ولم يأخذ شيئاً فعلم المالك بهتك الحرز وأهمله ثم جاء الناقب فى ليلة تالية قبل إعادة الحرز فسرق مافى المنزل أو جاء فى نفس الليلة من إحداث الثقب فسرق فإن الأخذ لايعتبر تاماً لأن السرقة من غير حرز وكذلك الشأن عند الحنابلة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ ، ٢٩٨ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهار ج ٧ ص ٣٧٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ شرح الزرقانى ص ١٠٩ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ وما بعدها .

فى حالة الإخراج على دفعات فإذا نقب الجانى الحرز فأخرج مادون النصاب ثم دخل فأخرج مايتم به النصاب فإن كان ذلك فى وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة والأولى دون النصاب هى والثانية . وكذلك إن كانا فى ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة أما إذا تقاربا فهما سرقة واحدة لبناء الفعلين أحدهما على الآخر وإذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى[1] . أما إذا علم المالك بهتك الحرز وأهمله فكل أخذ يعتبر مستقلا مهما تقاربت المدة بين الأخذين والأخذ بعد العلم أخذ من غير حرز[2] . ويلاحظ أن الحرز لايبطل بالنسبة لمحدث النقب إلا بعلم المالك أو باستشهار هتكه أما بالنسبة للغير فيبطل فى الحال .

ويرتب الشافعية على القول بأن النقب يبطل الحرز بأن الجانى لو نقب فى ليلة وسرق فى أخرى كان أخذه تاماً موجباً للقطع إلا إذا كان النقب ظاهراً يراه الطارقون والمارة أو علم المالك به بعد الحرز[3] .

أما الشأن عندهم فى حالة الإخراج على دفعات فلم يتفقوا عليه . فإذا نقب شخص حرزاً ثم أخرج منه نصاباً على دفعات فبعضهم يرى الأخذ تاماً ولو أن الإخراج على دفعات لأن بعض فعله ينبنى على البعض الآخر . والبعض يرى أن ما أخذه بعد الدفعة الأولى لا يعتبر أخذاً تاماً لأنه أخذ من حرز مهتوك والبعض يرى أن ما أخذ قبل اشتهار هتك الحرز أو علم المالك به يعتبر أخذاً تاماً وما أخذ بعده لايعتبر كذلك[4] .

ويتفق رأى الشيعة الزيدية مع مايراه الحنابلة[5] .

ويلاحظ أن الحرز يبطل فى الحال بالنسبة للغير أما بالنسبة للناقب فلا يبطل

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٢ .

(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ـ نهاية المحتاج ج٦ ص ٤٢٠ .

(٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٨ .

إلا على الوجه الذى سبق بيانه وطبقاً للآراء المختلفة التى عرضناها فلو نقب شخص حرزاً فجاء آخر وسرق مافى داخل الحرز فلا يعتبر أخذه تاماً لأنه أخذ من غير حرز . أما الإخراج على دفعات عند مالك وهو لايرى بطلان الحرز بالنقب ولافتح الباب فحكمه أن العبرة بقصد الجانى ، فإن قصد الجانى ابتداء أخذ المسروق ولكنه أخرجه على دفعات فالأفعال كلها سرقة واحدة ويستدل على قصد الجانى بإقراره أو القرائن سواء كان يستطيع أن يخرج المسروق كله مرة واحدة ولكنه لم يخرج أو كان لايستطيع أن يخرج إلا على دفعات أما إذا قصد الأخذ فى كل دفعة قصداً مستقلا فكل دفعة تعتبر سرقة مستقلة فإن أخرج فيها نصاباً قطع وإلا لم يقطع[1] .

أما أبو حنيفة فيرى فى حالة الإخراج على دفعات اعتبار كل دفعة وحدها فإن بلغت النصاب وحدها استحق المخرج القطع وإلا فلا ولو أن المخرج قصد أن لايخرج فى كل مرة نصاباً تحايلا منه[2] .

والإخراج من الأحراز يختلف باختلاف نوع الحرز فإذا كان الحرز حرزاً بالمكان كالمنزل أو الدكان فيجب أن يخرج السارق بالسرقة من جميع الحرز حتى يعتبر الأخذ تاماً ، فمن سرق متاعاً من منزل يجب أن يخرج به إلى الخارج من المنزل ، فإن نقله من غرفة إلى أخرى فلا يعتبر الأخذ تاماً مالم تكن الغرفة التى نقل إليها المتاع المسروق حرزاً مستقلا عن الغرفة التى كان فيها ، وإذا نقله إلى ساحة المنزل فلا يعتبر الأخذ تاماً إلا إذا كان المنزل مكوناً من مساكن مختلفة والساحة مشتركة للجميع ففى هذه الحالة يعتبر الأخذ تاماً . أما إذا كان الحرز حرزاً بالحافظ فإنه يكفى لاعتبار الأخذ تاماً أن يفصل بالمسروق عن مكانه أو ينفصل به عن الحارس ، فالنشال يعتبر أخذه تاماً بمجرد أخذه النقود من جيب المجنى عليه وبمجرد شق الجيب وسقوط النقود منه ولو على الأرض .

٦٠١ - التعاون على الإخراج : الأصل أنه لايقطع فى السرقة إلا

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٨

الشخص الذى يخرج المسروق من الحرز سواء حمله إلى خارج الحرز أو رماه إلى الخارج ولكن الكثيرين من الفقهاء جروا على قطع كل من تعاونوا على إخراج المسروق وإن كان بعضهم لم يحمل بالذات شيئاً لأن الحمل والإخراج يعتبر حاصلا منهم معنى لامادة .

وفى اصطلاح هؤلاء الفقهاء أن المعين على إخراج المسروق هو من يعين السارق على إخراج الشىء المسروق من الحرز سواء كانت الإعانة مادية أو معنوية ، وهم يلحقون المعين على السرقة بمن يباشر السرقة ويعطونه حكمه لأن السارق وحده غالباً وإنما يتعاون مع غيره فلو جعل القطع على المباشر وحده لانفتح باب السرقة وانسد باب القطع[1] .

والفقهاء الذين يلحقون المعين بالمباشر متفقون على أن القطع على من يعين فقط فى إخراج الشىء المسروق من الحرز لأنه يعتبر مخرجاً له فإن كان العون فى غير ذلك كاشتراك فى النقب أو كسر الباب أو فتحه بمفتاح مصطنع أو مساعدة على تسلق الحائط للدخول فى الحرز أو مساعدة فى حمل المسروقات بعد إخراجها من الحرز لم يقطع المعين على كل ذلك وأشباهه فلو اتفق اثنان مثلا على سرقة منزل وتعاونا على نقب الحائط ثم دخل أحدهما وبقى الآخر فى الخارج يرقب الطريق وأخرج الداخل المسروقات من الحرز مرة بعد أخرى دون أن يستعين بزميله وبعد إخراجها تعاونا على حملها فالقطع على الداخل وحده وعلى الخارج التعزير لأنه لايعتبر معينا على الإخراج مادام لم يتعاون مع المباشر فى إخراج الشىء المسروق من الحرز

ومع أن الفقهاء متفقون على ماسبق إلا أنهم اختلفوا فى الأفعال التى تعتبر إعانة بحيث لايتفق مذهب مع آخر فى تحديد هذه الأفعال وسنستعرض فيما يلى آراء المذاهب المختلفة فيمن يعتبر معينا على إخراج المسروق .

فمالك يرى أن المعين على الإخراج قد تحدث منه الإعانة وهو فى خارج

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .

الحرز وقد تحدث منه الإعانة وهو فى داخل الحرز . وأما الإعانة من خارج الحرز فمثله أن يضع الداخل المتاع المسروق فى وسط النقب ويمد الخارج يده لأخذه فتجتمع أيديهما فى النقب بموضع لم يخرجه الداخل من الحرز ولم يخرجه الخارج من الحرز وإنما هو بين بين ، فإذا تناول الخارج المتاع على هذا الوجه فهو معين على إخراجه لأن فعل كل منهما لم يستقل بإخراج المسروق ولأن فعل كل منهما جاء مصاحباً لفعل الآخر . ومثل ذلك أن يربط الداخل المتاع بحبل يجره من فى الخارج فإذا فعل فهو معين على الإخراج فالقاعدة إذن عند مالك أن الخارج يعتبر معينا على الإخراج إذا كان فعل الداخل لا يجعله مستقلا بالإخراج وإذا تصاحب فعلاهما فى حال الإخراج[1] .

أما الإعانة من داخل الحرز فتكون بالتعاون فى حمل المسروق إلى خارج الحرز أو بالتعاون فى حمله على أحد السارقين أو بعضهم أو فى حمله على دابة وبشرط أن يكون هذا التعاون ضروريا كأن يكون المسروق ثقيلا فلا يستطيع إخراجه إلا كثيرون أو لا يستطيع حمله شخص واحد إلا أن يضعه عليه اثنان أو ثلاثة أو أكثر فإذا كان المسروق خفيفاً فحمله واحد فخرج به وهم معه أو أعانوه على حمله وهو يستطيع حمله دون إعانة كالثوب والصرة فلا إعانة لأن التعاون على الإخراج ليس ضروريا ولا قطع إلا على من حمل المسروق فأخرجه .

وإذا اقتضى إخراج المسروق التعاون فى حمله لإخراجه فالحاملون جميعاً مباشرون للسرقة مادام أنهم قد حملوه حتى أخرجوه من الحرز فإذا حملوه فوضعوه على شخص منهم أو على دابة فالمباشر هو المخرج والباقون معينون وفى هاتين الحالتين يكفى لقطع المباشرين والمعينين أن تبلغ قيمة المسروق نصاباً واحدا .

وإذا اشترك كثيرون فى إخراج المسروقات من الحرز ولم تكن هناك ضرورة للتعاون وإنما أخرج كل منهم شيئاً يحمله وهم شركاء فى كل ما أخرجوه فالمخرجون جميعاً مباشرون ولا يقطع منهم إلا من بلغت قيمة ما أخرجه نصابا .

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٣ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ .

ويعزر من أخرج دون النصاب ولا يعتبر معينا عند مالك من يدخل الحرز أو يبقى فى خارجه دون أن يأتى عملا ماديا يشترك به فى إخراج المسروقات على الوجه الذى سبق بيانه ، فمن وقف داخل الحرز ليحمى حامل المسروقات أو ليمنع السكان من الحركة أو الاستغاثة أو ليرشد اللصوص على مكان النقود فإنه لا يعتبر مباشراً ولا معيناً ولا قطع عليه وإنما عليه التعزير(1)

ويشترط أبو حنيفة لاعتبار الشخص معيناً أن يدخل الحرز فإن لم يدخل الحرز فلا يعتبر معيناً ولو ساعد فعله على إخراج المسروقات من الحرز ورأيه هذا تطبيق آخر لنظريته فى هتك الحرز هتكا متكاملا .

والمعين فى مذهب أبى حنيفة هو من دخل الحرز مطلقاً سواء أتى عملا ماديا عاون به على إخراج المسروقات كأن وضعها على ظهر آخر فأخرجها الآخر أو أتى عملا معنوياً يساعد على إخراج المسروقات من الحرز كوقوفه للحراسة أو لمنع الغوث أو للإشراف على نقل المسروقات من الحرز ، ويعتبر مجرد وجوده داخل الحرز إعانة معنوية على إخراج المسروقات من الحرز ولو كانت الحالة لا تقتضى وجود المعين(2) . على أن الإعانة لا يجب فيها القطع فى مذهب أبى حنيفة إلا إذا خص كل مباشر وكل معين نصاب فإذا كانت قيمة ما أخرج لا تكفى ليصيب كل منهم نصابا فلا قطع وإنما التعزير(3) وإذا اشترك جماعة فى سرقة فخرج كل منهم ببعض المسروقات وبعضهم يحمل ما قيمته نصابا فأكثر وبعضهم يحمل أقل من نصاب فعليهم القطع جميعاً إذا كانت قيمة المسروقات فى مجموعها تكفى لأن يصيب كل منهم نصابا(4) . وفى هذا يختلف مذهب مالك عن مذهب أبى حنيفة .

---

(1) المدونة ج ١٦ ص ٦٨ ، ٦٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ .
(2) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٤ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٦ .
(3) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٥ .
(4) المراجع السابقة .

أما مذهب أحمد فيتفق أولا مع مذهب مالك فى أن الإعانة قد تحدث من شخص خارج الحرز وقد تحدث ممن فى داخله كذلك يتفق المذهبان فى تحديد الإعانة من الخارج ولكنهما يختلفان فى الإعانة ممن فى الداخل .

ويتفق مذهب أحمد مع مذهب أبى حنيفة فى الإعانة من الداخل فيعتبر معيناً عند أحمد كل من يدخل الحرز سواء أتى عملا مادياً كإعانة غيره على حمل المسروقات أم أتى عملا معنويا تمنع الغوث أو لم يأت عملا ما .

وفى مذهب أحمد يقطع المباشر والمعين إذا بلغت قيمة ما أخرج نصاباً واحداً وإذا اشترك جماعة فى السرقة فليس من الضرورى أن يبلغ ما حمله كل منهم نصابا بل يكفى أن يبلغ كل ما أخرجوه من الحرز نصابا واحداً لاغير ليقطعوا به هم ومن أعانوهم على الإخراج سواء من الداخل أو من الخارج وفى هذا يخالف مذهب أحمد مذهبي مالك وأبى حنيفة(١) .

أما فى مذهب الشافعى فلا يعترفون بالإعانة من خارج الحرز ولا بالإعانة من داخله والمعين فى كل الأحوال عليه التعزير ولا قطع عليه ويقطع الشافعى المشتركين فى السرقة بشرطين أولهما : أن يشترك السارقِ فى إخراج المسروق من الحرز كأن يكون شيئاً ثقيلا فيتعاون السارقون على حمله لخارج الحرز أو أشياء متعددة فيحمل كل منهم شيئاً . فمن أخرج منهم شيئاً خارج الحرز فهو سارق ثانياً : أن يختص كل من السارقين نصابا إذا وزعت عليهم قيمة كل ما أخرجوه بغض النظر عما أخرجه كل منهم فقد يخرج أحدهم نصابا أو أكثر وقد يخرج أقل من نصاب(٢) .

وإذا لم يشترك السارقون وكان كل منهم مستقلا فى فعله وقصده عن الآخر فالعبرة بما يخرجه كلٌّ . فمن أخرج نصاباً قطع إذا توفرت الشروط الأخرى ومن

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ – كشاف القناع ج ٤ ص ٧٩.

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٤٩ ، ٢٩٧ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١.

أخرج أقل من نصاب لم يقطع[1] . ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب مالك فهم يرون قطع المعين من الخارج أو من الداخل بنفس الشروط وعلى الكيفية التي يراها المالكيون[2] .

هذا هو حكم الإعانة على الإخراج في مختلف المذاهب الإسلامية وظاهر منه أن المعين على الإخراج يعتبر فاعلا أصلياً للسرقة ويعاقب بالقطع كمباشر السرقة أما الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة كما نعرفه في القوانين الوضعية فلا قطع عليه وعليه التعزير ما دام أنه لا يعين على إخراج المسروق من الحرز والشريك على أحد هذه الوجوه يسمى في الشريعة الإسلامية الشريك بالتسبب أما الفاعل الأصلي المشترك مع غيره فيسمى الشريك المباشر .

٦٠٢ - الأخذ بالتسبب : معناه أن لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الحرز بنفسه وإنما يؤدى فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المسروقات مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج به من الحرز أو يلقى بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل فيخرجه التيار ، أو يرميه في ماء راكد ثم يفتح مجرى الماء أو يعرض المسروق لريح هابة فتطير المسروق إلى الخارج ، أو يربطه على طائر ويطيره فيخرج المسروق أو يأمر صغيراً أو معتوهاً بإخراج المسروق فيخرجه أو أن يستتبع سخل شاة أو فصيل ناقة أو غيرها مثل أن يشترى الأم والسخل على ملك الغير في حرز فيأتى بالأم إلى مكان السخل ويريه أمه حتى يتبعها ، وكذلك العكس نحو أن يأتى في مكان أمه وهي في حرز مالكها حتى يستتبع الأم سخلها بأن يبعثه عليها حتى تتبعه أو أشار لشاة في الحرز بالعلف حتى خرجت إليه فأخذها[3] .

والأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر عقوبته القطع بشرط أن تتم شروط

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٨ .

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٨ شرح الأزهار ج ٤ ص٣٦٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٣ .

الأخذ فيخرج المسروق من حرزه ومن حيازة المجنى عليه و يدخل فى حيازة الجانى و يراعى فى الأخذ بالتسبب ماسبق ذكره من وجوه الخلاف بين الفقهاء وعلى الأخص نظرية أبى حنيفة فى هتك الحرز هتكا متكاملا ونظريته فى المعترض فمثلا فى حالة استتباع السخل أو الفصيل يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن الجانى لم يهتك الحرز هتكا متكاملا و يخالفه أبو يوسف فى هذا و يرى كما يرى فقهاء المذاهب الأخرى بأن الأخذ تام . وفى حالة وضع المسروق فى ماء جار وعثور آخر عليه وأخذه ، يرى أبو حنيفة أن الأخذ غير تام لأن يداً اعترضت يد السارق .

و يشترط فى الأخذ خفية أن ينقل الحيازة كاملة دون حق من المجنى عليه للجانى أى أن ينقل الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى عنصر التبعة وعنصر الملك، فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة فالمعير الذى يأخذ متاعه خفية عن المستعير والمؤجر الذى يأخذ متاعه خفية عن المستأجر والأصيل الذى يأخذ متاعه خفية عن الوكيل والمودع الذى يأخذ متاعه خفية عن المودع لديه والراهن الذى يأخذ متاعه المرهون خفية عن المرتهن والمشترى الذى يأخذ المبيع خفية عن البائع ولو أن ميعاد التسليم لم يحل بعد والمستأجر أو المرتهن أو المودع لديه أو المستعير الذى يأخذ الشىء المؤجر أو المرهون أو المودع أو المعار فى خفية عن المالك ، والمشترى الذى يأخذ المبيع قبل تسليم الثمن أو فى زمن الخيار والموهوب له الذى يأخذ ما وهب له خفية كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم آخذاً خفية لأن أخذه لا ينقل إلا أحد عنصرى الحيازة فقط(١) .

يشترط فى المسروق أن يكون مما هو خالص لغيره أى ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره . و يشترط فى الأخذ خفية أن يكون الشىء

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٧ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، ٧٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ .

المسروق في يد المجنى عليه أو أى شخص آخر يقوم مقامه كالمستأجر والمستعير كما يشترط أن لا يكون فى يد الجانى ولا تحت سلطانه ، فإذا كان الشىء فى يد الجانى أو تحت سلطانه من قبل فلا يعتبر الفعل سرقة لأن السرقة تقتضى الأخذ خفية والأخذ خفية لا يكون إلا من يد المجنى عليه أو من يمثله ، ولا يعتبر الجانى آخذاً خفية إذا كان يمثل المجنى عليه فى حيازة الشىء أو كان المجنى عليه قدمكنه من الشىء ومنحه سلطة عليه ، وعلى هذا لا يعتبر الوكيل سارقاً لأنه يمثل المجنى عليه ولا يعتبر الخادم سارقا مما وضع فى يده أو أمكن منه ومنح سلطة عليه .

وما يشترط فى الشريعة من أن ينقل الآخذ الحيازة كاملة بعنصريها المادى والمعنوى هو نفس النظرية التى قال بها جارسون لتحديد الأفعال التى تعتبر سرقة. فهو يفرق بين الحيازة الكاملة التى تشمل الركن المادى والركن المعنوى للحيازة وهى حيازة المالك ، وبين الحيازة المؤقتة التى تشمل الركن المادى فقط كحيازة المستأجر والمرتهن والمستعير ، كما تفرق بين هذين الفرعين من الحيازة و بين اليد العارضة التى لا تمنح صاحبها أى حق أو سلطة على الشىء . و يعرف جارسون الاختلاس وهو الفعل المادى المكون للسرقة بأنه الاستيلاء على حيازة الشىء الكاملة أو هو اغتيال الحيازة بركنيها المادى والمعنوى . فالنظرية التى وصل إليها الفقه والقضاء أخيراً وتولى تنظيمها وشرحها جارسون هى نظرية الفقه الإسلامى .

٦٠٣ — التسليم ينفي الأخذ خفية : وواضح من كل ما سبق أن التسليم يمنع من القول بأن الشىء أخذ خفية لأن الأخذ خفية يقتضى أن يؤخذ الشىء من يد المجنى عليه أو من يمثله دون علمه ودون رضاه معا والتسليم يجعل المجنى عليه عالما بأخذ الشىء سواء توفر الرضاء أو انعدم و يستوى أن يكون المجنى عليه راضياً بالتسليم أو مكرهاً عليه فالفعل فى الحالين ليس سرقة . و إن كان من الممكن أن يكون الفعل حرابة فى حالة الإكراه إذا توفرت بقية أركان جريمة الحرابة لأن جريمة الحرابة لا يشترط فيها الأخذ خفية و إنما يكون الأخذ فيها مغالبة و يمنع التسليم من توفر ركن الأخذ خفية سواء نقل التسليم الحيازة كاملة أو ناقصة أو ترتب

عليه تمكين الجانى من الشىء أو منحه سلطة عليه كحالة الطباخ مثلا تسلم إليه أدوات المطبخ لاستعمالها .

ويستوى أن يكون التسليم ناشئاً عن خطأ أو عن غش أو قصد به مجرد تمكين الجانى من الاطلاع على الشىء المسروق أو التفرج عليه أو فحصه .

ففى هذه الحالات جميعاً يمنع التسليم من اعتبار الشىء مأخوذاً خفية لأن الأخذ خفية يجب أن يكون بغير علم المجنى عليه وبغير رضاه معا وإذا كان لا يمكن اعتبار الشىء الذى سلم للجانى للفحص والتفرج والاطلاع مسروقاً طبقاً للشريعة فإن هذا الشىء يمكن اعتباره مختلساً طبقا للشريعة .

والاختلاس كما قلنا نوع من السرقة لا يشترط فيه العلم ويشترط فيه عدم الرضاء فقط وعقوبته التعزير لا القطع . والاختلاس فى الشريعة يتفق فى شروطه وأحكامه مع شروط وأحكام جريمة السرقة فى قانونى العقوبات المصرى والفرنسى .

ولا يعتبر الفعل سرقة إذا تسلم الجانى المبيع على أن يدفع ثمنه فوراً فأخذه وهرب أو إذا تسلم ورقة مالية أو قطعة نقود كبيرة ليصرفها نقوداً صغيرة فأخذها وهرب والمانع من اعتبار الفعل سرقة هو التسليم لأن فى التسليم علم المجنى عليه بالفعل والعلم يمنع من تكون ركن الأخذ خفية وإذا كان الفعل لا يعتبر سرقة فمن الممكن أن يعتبر اختلاساً طبقاً لقواعد الشريعة .

وإذا كان التسليم ممن لا شعور له أو اختيار ، كسكران أو مجنون أو طفل غير مميز فإنه يمنع أيضاً من تكون ركن الأخذ خفية لأن فقد الشعور والاختيار إذا كان يمنع من حصول التسليم اختياراً فإنه لا يمنع غالباً من العلم بحصول التسليم وإذا توفر العلم بالأخذ انعدم أحد أركان السرقة وهو الأخذ خفية وحتى إذا أمكن القول بأن علم الصغير والمجنون والسكران غير معتبر فإن هذا العلم غير المعتبر يكون شبهة تدرأ الحد فلا يقطع الجانى ويكتفى فى عقابه بالتعزير .

وتمكين الجانى من الشىء أو السماح له بدخول محل المسروق فى حكم تسليم

الشىء المسروق إلى الجانى فالسرقة التى تقع من العمال أو الخدم والنزلاء وما أشبه لا قطع فيها إذا كانت السرقة واقعة على شىء فى المحل الذى يعمل فيه الخادم أو العامل أو يدخله النزيل أو فى المحلات المصرح لهم بدخولها لأن الإذن للعامل والخادم والنزيل بدخول المحل يبطل الحرز فيكون الأخذ أخذاً من غير حرز ومن ثم لا تتم شروط الأخذ خفية وتكون السرقة سرقة مال غير محرز ولا قطع فى سرقة المال غير المحرز وإنما فيها التعزير وسنعود للكلام على هذه النقطة بتوسع بمناسبة الكلام عن الحرز .

وإذا أخذ المكلف بنقل الأشياء بعض ما كلف بنقله فعمله لا يعتبر سرقة فى الشريعة الإسلامية وإنما يعتبر تبديداً لأنه تسلم الشىء بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا فرض أنه تسلمه بغير عقد فإن التسليم فى ذاته يمنع من تكون ركن الأخذ خفية لأن التسليم يقتضى العلم بالأخذ وشرط الأخذ خفية أن يتم دون علم ورضاء المجنى عليه فالعقوبة إذن على أى فرض هى عقوبة التعزير وكل جريمة عقوبتها التعزير فى الشريعة الإسلامية يصح للهيئة التشريعية أن تجعلها فى حكم جريمة أخرى إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . فيصح اعتبار الاختلاس الحاصل عن محترفى النقل فى حكم السرقة وإن كانت القواعد العامة تجعله تبديداً ومن هذا يتبين أنه لا اختلاف بين الشريعة والقانون المصرى فى هذه النقطة لأن القواعد القانونية العامة ذاتها تجعل الجريمة تبديداً ولكن المشرع أعطاها حكم السرقة أو اعتبر الفعل سرقة تشديداً على محترفى النقل ولم يعتبر التسليم الحاصل للجانى مع أن التسليم يمنع من تكون ركن الاختلاس طبقاً للقانون ، والاختلاس فى القانون يقابل الأخذ خفية فى الشريعة كما يقابل الاختلاس فى الشريعة أيضاً .

ويشترط ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن لا يكون فى عام المجاعة وزمن القحط لأن الضرورة تبيح التناول من مال الغير بقدر الحاجة فإذا سرق المحتاج مايأكله فلا قطع عليه لأنه كالمضطر وقد روى عن متجول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا قطع فى مجاعة مضطر » ويشترط فى الأخذ أن لا يجد مايشتريه أو لا يجد

ما يشترى به وأن لا يأخذ أكثر من حاجته[1] .

فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشترى به وما يشتريه فعليه القطع وإن كان بالثمن الغالى .

والقاعدة فى الشريعة أن للمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائياً عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع وإن قتله المضطر فهو هدر لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه القاتل . ولكن ليس للمضطر أن يسرق شيئاً أو أن يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استراضاء مهما تغالى صاحب الشىء فى الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعاً إلا ثمن المثل[2] .

ويشترط أبو حنيفة ليكون الأخذ تاماً يقطع فيه أن يكون الأخذ فى دار العدل فلا قطع عنده على من سرق فى دار الحرب أو دار البغى ولو كان المجنى عليه والجانى من أهل دار العدل لأن السرقة تقع فى مكان لا ولاية للإمام عليه والقضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على مكان الجريمة ومن ثم لا تعتبر السرقة فى دار الحرب أو دار البغى سبباً لوجوب القطع[3] .

هذا ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة[4]

أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب الأئمة الثلاثة[5] ومذهب أبى حنيفة يخالف المذاهب الأخرى فى هذه الناحية حيث يرى بقية الفقهاء قطع السارق على السرقة فى دار الحرب أو دار البغى[6] ويرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع المستأمن

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٣ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٨ المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ - مواهب ج ٣ ص ٢٤٣ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .

(٣) بدائع ج ٧ ص ٨٠ .

(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٥٥٢ .

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٦) مواهب ج ٣ ص ٣٥٥ ، ٣٦٥ - المدونة ج ١٦ ص ٩١ - مهذب ج ٢ ص ٣٥٨ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ - يراجع التشريع الجنائى ج ١ ص ٢٨٠ ، ٢٨٩

فى سرقة مال المسلم أو الذمى لأنه أخـــذه على اعتقاد الإباحة ولأنه لم يلتزم أحكام الإسلام وعند أبي يوسـف يقطع[١] ويرى مالك قطع المستأمن وكل معاهد[٢] وحجته أن حد القطع لله[٣] وفى مذهب الشافعى وأحمد ثلاثة آراء أحدهم وهو المرجوح يتفق مع رأى أبى حنيفة ، والثانى وهو الراجح يتفق مع رأى مالك[٤] والثـالث بأنه إذا اشترط قطعه للسرقة قطع لأنه يصبح ملتزماً للأحكام على أن القائلين بعدم قطع المستأمن يسلمون بأنه لا قطع فى سرقة ماله[٥]

الركن الثانى

أن يكون المأخوذ مالا

٦٠٤ ــ يجب أن يكون الشيء المسروق مالا ، ولا محل للسرقة فى الوقت الحاضر إلا المال أما قبل إبطال الرق فـكان العبيد والإماء فى الشريعة محلا للسرقة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كـكل مال ، وإن كانوا من وجه آخر آدميين وهكذا كان الشأن فى القوانين الوضعية أيضاً . أما بعد إبطال الرق فلا يمكن أن يكون الإنسان محلا للسرقة عند أبي حنيفة والشافعى وأحمد وهذا رأى فى مذهب الشيعة الزيدية أما مالك والظاهريون فيرون أن الطفل غير المميز محل للسرقة ولو كان حراً وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال وهذا رأى آخر فى مذهب الشيعة الزيدية ، ومع أن هؤلاء يعترفون بأن السرقة لا تقع إلا على المال فإنهم يستثنون الطفل غير المميز ويجعلون

(١) بدائع الصنائع ص ٧١ (٢) المدونة ١٦ ص ٧٥

(٣) مواهب ج ٦ ص ٣١٢ (٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٦ ــ كشاف القناع ص ٨٥ ــ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

خطفه فى حكم سرقة المال [١] .

٦٠٥ ـ ويشترط فى المال المسروق شروط يجب توافرها جميعاً ليقطع فيه السارق وهذه الشروط هى : (١) أن يكون مالا منقولا . (٢) أن يكون مالا متقوماً . (٣) أن يكون مالا محرزاً (٤) أن يبلغ المال نصابا .

٦٠٦ ـ **أولا: أن يكون مالا منقولا**: يجب أن تقع السرقة على مال منقول لأن السرقة تقتضى نقل الشىء و إخراجه من حرزه ونقله من حيازة المجنى عليه إلى حيازة الجانى وهذا لا يمكن إلا فى المنقولات فهى بطبيعتها التى يمكن نقلها من مكان إلى آخر .

ويعتبر المال المسروق منقولا كلما كان قابلا للنقل فليس من الضرورى أن يكون المال منقولا بطبيعته بل يكفى أن يصير منقولا بفعل الجانى أو بفعل غيره ، فمن استل أخشاباً من سقف منزل أو هـدم حائطا وأخذ من أنقاضه فهو سارق لمنقول ولو أن المنزل يعتبر عقاراً لأن سل الأخشاب وهدم الحائط يجعل الأخشاب والأنقاض منقولة والأرض عقار بطبيعتها فمن أخذ منها ترابا أو أحجاراً أو أخـذ من جوفها فحما أو معادن أو ما أشبه يعتبر سارقا لمنقـول [٢] .

ويشترط أن يكون المنقول ماديا كالنقود والأخشاب، ويستوى أن يكون المنقول صلبا كالحديد أو سائلا كالماء أو غازيا كغاز الاستصباح ، أما الأموال المعنوية فلا يمكن أن تـكون محلا للسرقة لأنهـا حقوق مجردة وليست قابلة بطبيعتها للنقل من مكان لآخر سواء كانت حقوقا شخصية أو عينية ، ولا شك

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ ـ المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ ـ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٩ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ ـ أسنى المطالب ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٥ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٧ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٣ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ ، ٦٩ .

أن الأوراق المثبتة لهذه الحقوق المعنوية تعتبر فى ذاتها منقولا ومن ثم يمكن سرقتها وتقع السرقة فى هذه الحالة على الأوراق لا على ماتضمنه من حقوق

وليس فى الشريعة ما يمنع من أن تكون القوى الطبيعية والأشياء المباحة أصلا محلا للسرقة كالضوء والحرارة والبرودة والماء والهواء والعبرة فى ذلك كله وأشباهه بإمكان احتياز الشىء والتسلط عليه فكل من استطاع أن يحتاز شيئا من هذه الأشياء المباحة الأصل يصبح مالكا لها وإن كان احتياز هذه الأشياء وأمثالها والتسلط عليها يجعلها منقولا يعاقب على سرقته كما يعاقب على سرقة أى منقول آخر وعلى هذا فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلا للسرقة لأن احتيازها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر فى حيز الإمكان .

٦٠٧ - ثانيا : *أن يكون مالا متقوما* : - بصفة مطلقة فإن كانت قيمته نسبية فلا قطع فى سرقته والعقوبة عليه التعزير فالخمر ولحم الخنزير مثلا لاقيمة لها عند المسلم ولكن لها قيمتها عند غير المسلم ومن ثم كانت قيمتهما نسبية لامطلقة وهذا النقص فى القيمة هو الذى منع من القطع لأنه شبهة ووجه الشبهة عدم المالية أو عدم التقوم ، والحدود تدرأ بالشبهات ويستوى أن يكون صاحب المال مسلما أو غير مسلم وأن يكون السارق مسلما أو غير مسلم لأن العبرة ليست بالمالك أو السارق وإنما العبرة بتقوم المال أو عدم تقومه [١] .

وتعبير المال المتقوم هو ما يعبر به الحنفية . أما الأئمة الثلاثة فيعبرون عن هذا المعنى بعبارة المال المحترم ، ويشترط الزيدية أن يكون المال مما يجوز تملكه والظاهريون يعبرون بمثل هذا التعبير فيقولون مال له قيمة ومال لاقيمة له [٢] وكل هذه العبارات تؤدى معنى واحداً .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٢ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٥

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٢٤

ويشترط أبو حنيفة فوق شرط التقوم أن يكون الشيء المسروق مما يتموله الناس ويعدونه مالا يضنون به ، لأن ذلك يشعر بعزته وخطره عندهم فإن كان مما يتموله الناس فهو تافه وحقير وحجته فى ذلك حديث عائشة رضى الله عنها « لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله فى الشيء التافه »[1] .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه وتوجب التعزير بدلا من القطع . ويترتب على رأيه هذا أن لا قطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها ، لأن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ولا يضنون بها لعدم عزتها وقلة خطرها ويعدون الضن بها من باب الخساسة فهذا مصدر تفاهتها ، كذلك لا قطع عند أبى حنيفة فى سرقة التراب والطين والحصى واللبن والفخار وما شابهها لتفاهتها[2] .

ويعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشيء التافه من الشيء غير التافه ، على أنه يسلم بأن الشيء التافه قد يصبح للصناعة ذا قيمة كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً فى سرقته[3] .

ولكن أبا يوسف من فقهاء مذهب أبى حنيفة يرى القطع فى كل مال محرز تبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرجين وفى رواية أخرى عنه إلا فى الماء والتراب والطين والحصى والمعازف لأن السارق يسرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه. ودليل المالية والتقوم هو أولا جواز بيع المال وشرائه وهو ثانياً وجوب ضمان القيمة على غاصب المال ، فكل ما جاز بيعه وشراؤه ووجب على غاصبه ضمانه فهو مال متقوم يقطع فيه إذا سرق من حرزه[4] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ ، ٦٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ .
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٢ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ .
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧

ويرى أبو حنيفة ومعه محمد من فقهاء المذهب أن كل ما يوجد جنسه تافها ومباحاً فلاقطع فيه ، لأن كل ما كان كذلك فلاعز له ولاخطر ولا يتموله الناس. ولكن غيرهما من فقهاء المذهب يرون الاعتماد على التفاهة دون الإباحة لأن الذهب والفضة واللآلىء والجواهر مباحة الجنس ولا شك أن فيها القطع [١]

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع فى سرقة ميتة أوجلدها لانعدام المالية أى لأنها لا تعتبر مالا ، ولا فى سرقة كلب لاختلاف العلماء فى ماليته ، ولا فى أدوات الملاهى من طبل ودف ومزمار ونحوها لأن هذه الأشياء مما لا يتموله الناس عادة أو لأن فى ماليتها قصور لكراهة الاشتغال بها [٢] .

وعند أبى حنيفة أن لا قطع فى سرقة طير ولا صيد وحشاً كان أو غيره ولا فيما علم من الجوارح كالبازى والصقر لأن الطيور والوحوش مباحة الأصل ولا يتم إحرازها فى الناس عادة ولأنها تأتى عن طريق الاصطياد وهو مباح فضلا عن أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «الصيد لمن أخذه» يورث شبهة والقطع يندرىء بالشبهة كذلك فإن الرسول قال « لا قطع فى الطير » [٣] .

كذلك يرى أبو حنيفة أن لا قطع فيما لايحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد ولا يبقى من سنة إلى سنة . فلا قطع عنده فى سرقة الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة واللحم والخبز والرياحين وما أشبه ، ولا قطع فى سرقة شطرنج ذهب أو فضة أو صليب أو صنم لأنه يتأول أن السارق يأخذها لكسرها ، أما الدراهم التى عليها تماثيل فيقطع فيها لأنها لا تعتبر عادة فلا تأويل له فى الأخذ للمنع من العبادة [٤] .

لأن ما لا يحتمل الادخار يقل خطره عند الناس فيعتبر تافهاً ولا قطع عند

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٦ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٩ .
(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٢ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٧ .
(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ ، ٢٣٢ .
(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٢ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

أبى حنيفة فى سرقة المصحف وكتب الأحاديث واللغة والشعر لأنها تدخر للقراءة لا للتمول ويقصد منها الوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به ولكن أبا يوسف يرى القطع فى هذه جميعاً كلما بلغت نصابا لأن الناس يدخرونها ويعدونها من نفائس الأموال ، أما دفاتر الحساب والدفاتر البيضاء فلا خلاف فى المذهب على أن فيها القطع إذا بلغت نصابا لأن المقصود فيهما هو الورق الأبيض [1] .

ويرى أبو حنيفة أن لا قطع فى سرقة ما يتبع ما لا قطع فيه كالحلية على المصحف تبلغ نصابا وكسرقة آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب ولكن أبا يوسف يخالفه ويرى القطع وهو مذهب مالك والشافعى [2] .

ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب يخالف أبا حنيفة ويرى القطع فيما لا يحتمل الادخار ويتسارع إليه الفساد لأن السرقة وقعت على مال متقوم فيه حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم هو جواز البيع والشراء فى المال ووجوب ضمان القيمة على غاصبه ومتلفه [3] .

ويطبق أبو حنيفة المبدأ السابق تطبيقاً واسعاً فيرى أن سرقة الثمار المعلقة فى أشجارها أو نخيلها لا قطع فيها ولو كانت محرزة بحائط أو بحافظ لأن الثمر ما دام فى شجره يتسارع إليه الفساد . فإذا قطع الثمر ووضع فى جرن ثم سرق بعد ذلك فإن كان قد استحكم جفافه ففيه القطع لأنه صار قابلا للادخار ولا يتسارع إليه الفساد بالجفاف ، وإن لم يكن استحكم جفافه فلا قطع فيه لأنه مما يتسارع إليه الفساد ولا يقبل الادخار بحالته الراهنة ، ويستعين أبو حنيفة فى تأييد رأيه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع فى ثمر ولا كثر حتى يؤويه الجرين فإذا آواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣١ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٧ .

والمحصولات الزراعية كالقمح والشعير والذرة هى بمنزلة الثمر المعلق عند أبى حنيفة فلاقطع فيها حتى يؤويها الجرين ويستحكم جفافها وهذا يتفق مع ماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أنه سئل عن الثمر المعلق فقال «من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خفية فلا شىء عليه ومن أخرج بشىء منه فعليه غرامه مثله ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»[1]

والفاكهة اليابسة التى تبقى من سنة إلى سنة فيها القطع عند أبى حنيفة فإن لم تكن تبقى من سنة إلى سنة فلا قطع فيها لأنها تعتبر مما لا يقبل الادخار ويتسارع إليه الفساد .

ولا يقطع أبو حنيفة فى السمك طريا كان أو مالحاً ، لأن الطرى يتسارع إليه الفساد والمالح مال تافه مباح الأصل ، ولا يقطع كذلك فى اللبن لأنه يتسارع إليه الفساد ولكنه يقطع فى الخل لأنه لا يتسارع إليه الفساد ، ويقطع فى الذهب والفضة والجواهر واللآلىء وفى الحبوب الجافة كلها وفى الطيب والعود والمسك وما أشبه ، ويقطع فى الكتان والصوف وماأشبه ، كما يقطع فى الحديد والنحاس والرصاص وما أشبه ، سواء كانت آنية أو مادة خاما . وهكذا نستطيع أن نبين أن أباحنيفة يعول فى عدم القطع على شيئين . أولهما : التفاهة وعدم المالية ،ويعتبر الشىء تافهاً عند أبى حنيفة إذا كان مما لا يتموله الناس كالميتة أو كان مما لا يضن به الناس لعدم عزته وقلة خطره عندهم كالتبن والحطب أو كان مما يتسارع إليه الفساد ولا يحتمل الادخار من سنة إلى سنة . ثانيهما : عدم التقوم فكلما كان المال متقوماً بصفة مطلقة وغير تافه ففيه القطع فإذا لم يكن متقوماً فلا قطع فيه كالخمر والخنزير فلا قطع فيهما لعدم التقوم[2] .

ويلاحظ أن إباحة الجنس فى ذاتها لا تمنع من القطع إذا لم يكن المال تافهاً كالذهب والفضة فكلاهما مباح الأصل ولكنه لما لم يكن تافهاً وجب فيه القطع

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص٢٢٧ ، ٢٢٨ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ .
(٢) بدائع الصنائع ص ٦٩ ، ٧٠

أما إذا كان المال تافهاً كالسمك والملح فلا قطع فيه لتفاهته فالعبرة فى القطع وعدمه بالتفاهة وليست بإباحة الجنس ، وهـذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة (١) . .

ولا يرى فقهاء المذاهب الأخرى رأى أبى حنيفة فى أن التفاهة تمنع من القطع والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع فى سرقته (٢) . ولكنهم اختلفوا فى تطبيق هذه القاعدة وسنبين فيما يلى حدود هذا الاختلاف ، فمالك يرى القطع فى كل مال أيا كان ولو كان محقراً فى نظر الناس كالماء والحطب ونحو ذلك مما أصله مباح للناس لأنه متمول يجوز تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه ويستوى بعد ذلك أن يكون مباحاً للناس أو غير مباح مادام المجنى عليه قد حازه فى حوزه الخاص كما يستوى أن يكون معرضاً للفساد أو غير معرض (٣) .

ويرى مالك القطع فى سرقة الجوارح طيوراً أو سباعاً إذا بلغت قيمة أحدها النصاب ولو كانت لا تبلغ هذه القيمة إلا لتعليمها الصيد لأن تعليم الصيد منفعة شرعية فإذا لم تكن معلمة فالقطع إذا بلغت قيمة لحم الطير وريشه النصاب، وإذا بلغت قيمة جلد السبع النصاب ولا تراعى قيمة لحم السبع لكراهته أو للقول بحرمته وعلى هذا فسارق جلد السبع يقطع وسارق لحمه فقط لا يقطع (٤) .

ويرى القطع فى جلد الميته سواء كانت الميتة مما يؤكل أو لا يؤكل، ولكن بعد الدبغ وبشرط أن يزيد الدباغ فى قيمة الجلد نصابا وإلا فلا قطع (٤) .

ولا يرى مالك القطع فى الطيور المحببة كالبلبل والببغاء وأشباههما إلا إذا كان لحمها وريشها يساوى نصابا فإن كانت لا تساوى النصاب إلا لإجابتها فلا قطع لأن الإجابة ليست منفعة شرعية (٦) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ ــ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٦٧ — (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥ — (٥) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٥

(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ .

ولاقطع عند مالك فى مال غير محترم كالخمر ولحم الخنزير ولو سرقها ذمى مهما بلغت قيمتها ، وكأدوات الملاهى فلا قطع فيها إلا إذا بلغت قيمتها نصابا بعد كسرها (١).

ولاقطع فى سرقة الكلب معلماً أو غير معلم مهما بلغت قيمته لحرمة ثمنه .

ولا قطع فى الثمر المعلق عند مالك ولا فى الزرع قبل حصده فإذا جذ الثمر وحصد الزرع فلا قطع فى السرقة إلا إذا وضع فى الجرين على رأى أو كدس أكواماً بعد حصده حتى يصير كالشىء الواحد .

و إذا كانت الثمار فى بستان عليه حائط وله غلق فسرق منها وهى لاتزال معلقة فى الشجر ففيها القطع على رأى ولاقطع فيها على رأى آخر ، والقائلون بالقطع يحتجون بأن الثمار أصبحت فى حرز ، وإذا كانت الشجرة المثمرة فى داخل الدار فالسرقة من ثمرها المعلق ، فيها القطع بلا خلاف لأن السرقة من حرز (٢).

وإذا سرق ماليس فيه قطع حالة كونه متصلا بما فيه القطع اعتبرت قيمة مافيه القطع ، فإذا بلغ نصابا قطع السارق كسرقة الخمر فى إناء من الذهب ، فالخمر لاقطع فيها ولكن إناء الذهب فيه القطع إذا بلغت قيمته بدون الخمر نصابا (٣).

ويقطع مالك فى سرقة المصحف لأنه مال مملوك ويجوز بيعه (٤). أما الشافعى فمذهبه لايكاد يختلف شيئاً عن مذهب مالك إذ يرى القطع فى كل مال ولو كان محقراً كالحطب والحشيش و التراب ومباح الأصل كالصيد والطير والماء أو معرضاً للتلف كالطعام والثمار والفاكهة .

ويرى القطع فى المصحف والكتب العلمية والأدبية النافعة المباحة فإذا لم تكن مباحة قوم ورقها وجلدها فإن بلغا نصاباً قطع به السارق (٥).

و لايقطع الشافعى فى مال غير محترم أى غير متقوم كالخمر والخنزير والكلب

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧

(٤) المدونة ج ١٦ ص ٧٧ .

(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١

وجلد الميتة قبل دبغه [١] . ولا يقطع الشافعى فى الثمر المعلق حتى يؤويه الجرين فإذا آواه الجرين ففيه القطع ، ويقطع الشافعى فى آلات اللهو وفى آنية الذهب والفضة إذا بلغت قيمة المسروق نصابا بعد كسره أو إفساده [٢] . وإذا سرق السارق ما لا قطع فيه متصلا بما فيه قطع اعتبرت قيمة مافيه القطع دون مالا قطع فيه [٣] .

والقاعدة فى مذهب أحمد أن القطع واجب فى كل مال بغض النظر عما إذا كان تافهاً أو مباح الأصل أو معرضاً للتلف ولكنهم يستثنون من هذه القاعدة:

١ - **الماء** : فسرقة الماء لاقطع عليها لأنه مما لايتمول عادة أى أنه لايباع ولا يشترى فى العادة . . .

٢ - **الكلأ والملح** : وفيهما خلاف فبعض فقهاء المذهب يرون القطع فيهما لأنهما مما يتمول عادة والبعض لا يرى القطع فيهما لأنهما مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه

٣ - **الثلج** : ويرى البعض القطع فيه لأنه يتمول عادة ، ويرى البعض أن لاقطع فيه لأنه ماء جامد فيأخذ حكم الماء . . .

٤ - **التراب** : وحكمه أنه إذا كانت تقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطين والبناء فلا قطع فيه لأنه لايتمول وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرضى الذى يعد للدواء أو الغسل أو الصبغ احتمل وجهين: أحدهما: لا قطع فيه لأنه من جنس مالا يتمول أشبه بالماء والثانى فيه القطع لأنه يتمول عادة ويحمل إلى البلدان للتجارة فأشبه العود الهندى ، ولكن مايصنع من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لأنه يتمول عادة .

٥ - **السرجين** : لاقطع فيه لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له وإن كان طاهراً

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١ .
(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٣٩ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢١ .

فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه[١]. و يقطع الشافعى ومالك فى السرجين الطاهر وفى كل الأشياء السابقة أما أبو حنيفة فلا يقطع فى شىء منها .

٦ ـ **المصحف** : يرى البعض أن لاقطع فى سرقته وهو قول أبى حنيفة لأن المقصود منه مافيه من كلام الله وهو مما لايجوز أخذ العوض عنه ، و يرى البعض وجوب القطع لأنه مال متقوم وهو رأى مالك والشافعى و إذا كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصاباً وحدها فبعض من لايرى القطع بسرقة المصحف لايقطع فى الحلية لأنها تابعة لما لايقطع فى سرقته وبعضهم يرى القطع لأنه سرق نصاباً من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفرداً ولا خلاف فى مذهب أحمد على القطع فى سرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية[٢] .

٧ ـ **الثمر والكثر** : فلا قطع فى الثمار المعلقة ولا فى سرقة الكثر وهو جمار النخل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا قطع فى ثمر ولا فى كثر » وإذا أحيط البستان بسور فلا قطع فيما سرق منه لكن إذا كانت نخلة أو شجرة فى دار محرزة فسرق من ثمارها نصابا ففيه القطع لأنها سرقة من حرز[٣] .

٨ ـ **سرقة المحرم وأدوات اللهو** : لاقطع فى سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وأما آلات اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيها وإن بلغت قيمتها بعد كسرها نصابا لأنها آلة للمعصية بالإجماع فلا يقطع فى سرقتها كالخمر ولأن له حقاً فى أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة تمنع القطع فإن كانت عليها حلية تبلغ نصابا فلا قطع فيها على رأى وفيها القطع على رأى آخر .

و إذا سرق صليبا من ذهب أو فضة فلا قطع فيه على رأى وهو متفق مع مايراه أبو حنيفة وفيه القطع على رأى آخر وهو مذهب مالك والشافعى والمفروض أن تكون قيمة الصليب بعد كسرها نصابا فإن كانت أقل من

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٧ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

النصاب فلا خلاف فى المذهب على عدم القطع .

وإن سرق آنية من الذهب أو الفضة قيمتها نصاب بعد الكسر ففيها القطع وإذا اتصل مالاقطع فيه بما فيه القطع ففى المذهب رأيان : الأول : لاقطع فيها ولو بلغ نصابا وحده لأنه تابع لما لاقطع فيه وهو مذهب أبى حنيفة والرأى الثانى فيه القطع إذا بلغ نصابا وحده وهو مذهب مالك والشافعى[1] .

ومذهب الشيعة الزيدية قريب من مذهب مالك والشافعى فعندهم أن المال المسروق يعاقب عليه بالقطع إذا كان مما يجوز للمجنى عليه تملكه فى الحال فإذا لم يكن يجوز له أن يتملكه كالخمر والخنزير والكلب والميتة وغيرها فلا قطع فيه إذا سرقه من مسلم أما إذا سرقه من ذمى فلا قطع إذا سرقه من بلد ليس للذمى سكناه فإذا سرقه من بلد لهم سكناه فهناك خلاف فى القطع[2] .

ويرى الزيديون أن لاقطع فى سرقة النابت أو فى أخذه من منبته ولافرق بين أن يكون شجرا أو زرعا[3] .

ومذهب الظاهريين على القطع فى سرقة المال أيا كان سواء كان تافها أو مباح الأصل أو معرضا للتلف وهم يرون القطع فى سرقة كل ثمر وكل كثر معلقا كان فى شجره أو مجزوزاً أو فى جرين أوفى غير جرين ويرون القطع فى كل طعام كان مما يفسد أو لايفسد ويرون القطع فى الزرع إذا أخذ من فدانه أو هو بأندره[4] .

ويرى الظاهريون القطع فى سرقة الطير كلما كان مملوكا للمجنى عليه وفى سرقة الصيد كلما تملكه المجنى عليه[5] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ - كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ .

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٩ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ (٥) المحلى ج ١١ هـ ٣٣٣ ، ٣٤٣ .

ويرون القطع على من سرق مصحفا أو كتبا من كتب العلوم[١] .

ويرون القطع على من سرق صليبا أو فضة أو ذهبا ومن سرق دراهم فيها صور وأصنام إذا بلغت قيمتها نصابا بعد الكسر[٢] .

ولكن الظاهريين لا يرون القطع فى سرقة الخمر والخنزير وأما الميتة فيقطعون فيها لأن جلدها باق على ملك صاحبها يدبغه فينتفع به ويبيعه[٣] وظاهر من هذا أن الظاهريين يرون مايراه مالك والشافعى من قطع السارق إذا سرق مايجب فيه القطع متصلا بمالا يجب فيه القطع .

٦٠٨ - ثالثا - **أن يكون المال محرزاً** : يشترط جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى أن يكون المال محرزاً لوجوب القطع فى سرقته ولا يخالفهم فى ذلك إلا الظاهريون وطائفة من أهل الحديث حيث يرون القطع على السارق إذا سرق نصابا ولو من غير حرز وأن اشتراط الحرز باطل بيقين لاشك فيه وشرع لما يأذن الله تعالى به[٤]

والأصل فى اشتراط الحرز عند من يشترطه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رافع بن خديج أنه قال « لا قطع فى ثمر ولا كثر » رواه الخمسة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال « من أصاب منه بغية من ذى حاجة غير متخذ خفية فلاشىء عليه ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » رواه النسائى وأبو داود وفى رواية قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجزية التى توجد فى مراتعها قال « فيها ثمنها مرتين وضرب نكال وما أخذ من عطفه ففيه القطع إذا بلغ مايؤخذ من ذلك ثمن المجن » قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها فى أكمامها قال « من أخذ نعمة ولم يتخذ خفية فليس عليه شىء ، ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب نكال وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ مايؤخذ

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ (٢) المحلى ج ١١ ص ٣٣٨ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٥

من ذلك ثمن المجن » رواه أحمد والنسائى ولابن ماجة معناه وزاد النسائى فى آخره « وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نـكال[١] » .

ويرى جمهور الفقهاء أن رسول الله منع القطع فى الثمر المعلق أو حريسة الجبل حتى إذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وأنه عليه السلام علق القطع بإيواء المراح والجرين والمراح حرز الإبل والبقر والغنم والجرين حرز الثمر فدل ذلك على أن الحرز شرط فى القطع وفوق هذا فإن ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ من غير حرز لا يحتاج إلى استخفاء فلا يتحقق ركن السرقة كذلك فإن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السراق عن أموال الناس والأطماع إنما تميل إلى ماله خطر فى القلوب وغير المحرز لاخطر له فى القلوب عادة فلا تميل الأطماع إليه فلا حاجة إلى صيانته بالقطع[٢] .

٦٠٩ ـ ومن المتفق عليه أن الحرز نوعان :

١ ـ حرز بالمكان وحرز بنفسه : وهو عند مالك أما عند أبى حنيفة فحرز المكان هو كل بقعة معدة للأحراز ممنوعة الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط وزرائب المواشى والأغنام ويشترط أبو حنيفة فى الحرز بالمكان أن يكون مكانا مبنيا سواء كان بابه مغلقا أم مفتوحا وسواء كان له باب أم لا ، لأن البناء يقصد به الأحراز كيفما كان[٣] .

ولا يشترط مالك أن تكون المرابط والزرائب والجرون والمراح مبنية أو مسورة بل تعتبر حرزاً بمجرد إعداد المكان لحفظ المال أو الاعتياد على حفظ

---

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٣٩ .

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٣ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ـ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٦ .

المال فيه دون حاجة لإحاطة المكان فيه ببناء أو سور أو ما أشبه[١]

أما عند الشافعى وأحمد فالحرز بالمكان هو كل مكان مغلق معد لحفظ المال داخل العمران كالبيوت والدكاكين والحظائر[٢] .

فحرز المكان لا يكون كذلك عندهما إلا إذا توفرت فيه شروط أولها: أن يكون فى العمران فإن كان المكان خارج عمارة البلدة أو القرية أو منفصلا عن مبانيها ولو ببستان فهو ليس حرزاً بالمكان . الثانى أن يكون مغلقا فإذا كان بابه مفتوحا أو ليس له باب أو كان بحائطه نقب أو تهدم جزء منه فهو ليس حرزاً ، ولا يشترط أن يكون المكان مبنيا بالحجارة أو اللبن بل يكفى أن يكون بحالة تتفق مع المتعارف عليه وما جرت به العادة فالمسكن تبنى من الحجارة أو الطين أو الخشب والحظيرة قد تبنى من الطين أو الخشب أو القصب أو الحطب[٣]

والحرز بالمكان عند الشيعة الزيدية هو كل مكان محصن كالبيت والمرمد والمراح بحيث يمنع الخارج من الدخول وإن لم يمنع الداخل من الخروج ويكفى لاعتبار المكان محصنا أن يكون عليه جدار أو خيام أو زرب أو قصب أو بيت شعر ويجوز أن يكون حوله خندق على رأى ويجب أن يكون له باب فإذا كان كذلك فهو حرز بنفسه فإذا لم يكن عليه باب فلا يكون حرزا إلا بحارس[٤]

٢ - **حرز بالحافظ أو حرز بغيره** : هو عند أبى حنيفة كل مكان غير معد للإحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحراء إن لم يكن هناك حافظ أى أنه لا يعتبر حرزاً فإن كان هناك حافظ فهو حرز ولهذا سمى حرزاً بغيره حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ[٥]

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ ، ١٠٠ - المدونة ج ١٦ ص ٧٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٥ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ وما بعدها - كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ - المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٥٢ كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ ، ٨٢ .

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠ (٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ .

فمن تعطلت سيارته فى الطريق العام فتركها بلا حافظ عندها فهى فى غير حرز وإن ترك عندها من يحفظها فهى فى مكان محرز بالحافظ ، والمسجد ليس مكانا معدا لحفظ المال ولا يتوقف الدخول فيه على إذن ما فلا يعتبر حرزاً بنفسه إلا فيما يتعلق بالأشياء اللازمة له كالحصر والقناديل وما أشبه فمن دخله للصلاة ومعه متاع فوضعه بجواره فإن المتاع يكون محرزاً بالحافظ فإذا تركه صاحبه فى المسجد فسرق فلا قطع فيه لأن المسجد ليس حرزاً بنفسه ولأن الحافظ لم يكن موجوداً وقت السرقة فلم يكن المتاع محرزاً أما إذا سرق المتاع فى حالة وجود الحافظ فالقطع واجب فى السرقة إذا توفرت أركانها ومن الأمثلة على ذلك حادثة صفوان فقد كان دائما فى المسجد يتوسد رداءه فسرقه سارق فقطع الرسول يده أما مالك والشافعى وأحمد فيرون أن الحرز بالحافظ هو كل مكان محرز بالحافظ سواء كان معداً لأحراز المال كالبيوت أو غير معد لحفظ المال كالمساجد والطرق والصحراء[1] .

ويرى أبو حنيفة أن ما يعتبر حرزاً بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته حرزاً ولو وجد فلا عبرة لوجوده بل هو والعدم سواء ، ذلك أن كل واحد من الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه فإذا سرق شخص من حرز بالمكان قطع سواء أكان ثمة حافظ أم لا وسواء كان الحرز له باب مغلق أم لا باب له ، وإذا سرق من حرز بغيره قطع إذا كان الحافظ قريباً منه بحيث يراه سواء كان الحافظ نائماً أم مستيقظاً لأنه يقصد الحفظ فى الحالين ، ويرتب أبو حنيفة على اعتبار كل حرز بنفسه نتيجة هامة هى أن الحرز بالمكان إذا اختل « وهو لا يختل عنده إلا بالإذن للسارق فى دخول الحرز » فلا يمكن اعتباره حرزاً بالحافظ ولو كان فى الحرز حافظ فعلا[2] .

أما الأئمة الثلاثة فلا يرون اعتبار كل حرز بنفسه ويجوز عندهم أن يكون

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٥١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٣ ـ شرح الزرقانى ص ١٠١ ، ١٠٣ . (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ .

الحرز فى وقت واحد حرزاً بالمكان وفيه حافظ فإذا اختل الحرز بالمكان كان حرزاً بالحافظ ومثل ذلك أن يؤذن لشخص بدخول بيت فيسرق أمتعته عليها حافظ فيقطع لأن مكان السرقة وإن لم يكن حرزاً بنفسه فهو حرز بالحافظ[١] على أننا يجب أن نلاحظ أن الأئمة الثلاثة لا يتفقون على ما يخل بحرز المكان فمالك يرى أن حرز المكان لا يختل إلا بالإذن للسارق بدخول الحرز وهو رأى أبى حنيفة[٢] .

والظاهر أن الشيعة الزيدية ترى رأى الشافعى وأحمد فى أن الحرز يبطل بفتح الباب وبالنقب وبالإذن[٣] .

أما الشافعى وأحمد فيريان أن الإذن بالدخول والنقب وفتح الباب كل منها يخل بحرز المكان ويجعله غير حرز ما لم يكن حافظ فإنه يكون حرزاً بالحافظ[٤].

ويرى مالك وأبو حنيفة أن المكان يعتبر محرزاً بالحافظ كلما كان الشىء المسروق واقعاً تحت بصر الحافظ ويستوى أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً لأنه وجد للحفظ ويقصده فى الحالين[٥] ولأن النائم عند متاعه يعتبر حافظاً له فى العادة ويشترط المالكية أن يكون الحافظ مميزاً فإن كان صغيراً أو مجنوناً فلا يعتبر وجوده ولا يكون الشىء محرزاً ولا يشترط الحنفية هذا الشرط ، ويستثنى المالكيون والحنفيون من هذه القاعدة سرقة الغنم فى المراعى فلا قطع على سارقها لتشتت الغنم وصعوبة حفظها أثناء الرعى على رأى المالكية ولأن

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ المغنى ج ١٠ ص ٢٥١ ، ٢٥٣

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ (٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧ ، ٣٧٢

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٠٥ ، ٣٠٦ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٤٧ المغنى ج ١٠ ص ٢٩٨ ، ٢٩٩.

(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠١ وكذلك حاشية الشيبانى ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٨٠

الراعى لا يقصد الحفظ و إنما يقصد الرعى على رأى الحنفية[1] .

ومذهب الشيعة قريب من مذهب الحنفية فهم على الرأى الراجح يعتبرون المكان محرزاً بالحافظ إذا كان ثمة حافظ سواء كان متيقظاً أو نائماً و إن كان بعضهم يشترط أن يكون يقظاناً[2] .

أما الشافعى فيعتبر المكان محرزاً بالحافظ كلما كان الحافظ ممن يبالى به لقوته أو لاستغاثته بغيره بحيث إذا استغاث أسمع ويشترط فى الحافظ أن يكون من المتاع الذى يحفظه وأن يديم ملاحظته والمراد من إدامة الملاحظة أن لا يشتغل عنه بنوم ولا غيره مما يشغله عن الملاحظة والمقصود الإدامة المتعارفة فالفترات العارضة أثناء الملاحظة لا تقدح فى الأحراز على المشهور للعرف فإذا تغفل فسرق قطع فى الأصح والمقصود من القرب أن يقع المسروق تحت بصر الملاحظ وأن يكون الشىء بحيث ينسب للملاحظ وأن يكون الملاحظ بحيث يراه السارق حتى يمتنع عن السرقة إلا بتغفله فإن كان فى موضع لا يراه السارق اعتبر المسروق غير محرز.

و إذا كان الحارس ممن لا يبالى به لعدم قوته أو لعدم استغاثته كأن يكون فى صحراء فلا يسمع صوته أحد فلا يعتبر الشىء محرزاً و إذا نام الحارس فلا يعتبر الشىء محرزاً إلا إذا كان يلبس الشىء المسروق كحذاء مثلا أو عمامة أو يتوسده كجلباب أو فراش أو يتكىء عليه أو يلتف فيه .

وإذا كان هناك زحام يمنع من وقوع بصر الحارس على الشىء باستمرار وفى أى وقت شاء اعتبر الشىء غير محرز[3] .

ويعتبر أحمد المكان محرزاً بالحافظ كلما وجد فيه حافظ أيا كان صغيراً أو كبيراً ضعيفاً أو قوياً ولا يشترط فى الحافظ إلا عدم التفريط كأن ينام أو يشتغل عن الملاحظة ويجب أن يكون بحيث يقع بصره على الشىء فإذا فرط فى

---

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج٨ ص ١٠١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

(٣) أسنى المطالب وحاشية شهاب الرملى ص ١٤٢ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ وما بعدها ـ المهذب ج ٢ ص ٢٩٦

الملاحظة فلا حرز وكذلك إذا نام ما لم يكن متوسداً الشيء أو متكئاً عليه أو يلتف فيه أو يلبسه(١) .

ويرى الشافعي وأحمد أن الدور المنفردة عن العمران والدور التي في البساتين والطرق والصحراء لا تعتبر حرزاً بنفسها ولو كانت حصينة وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ إذا كان فيها أهلها أو حافظ ملاحظ سواء كانت مغلقة أو مفتوحة فإن لم يكن بها حافظ فليست حرزاً ولو كانت مغلقة فإن كان بها حافظ نائم وهي مغلقة فهي حرز بالحافظ فإن كانت مفتوحة فليست حرزاً(٢) .

وما يقال عن الدور ينطبق على كل الأمكنة المعدة لحفظ المال الخارجة عن العمران كالاصطبلات وحظائر المواشي والأغنام والأجران فإنها لا تعتبر حرزاً بالمكان وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ(٣) .

ولقد قلنا من قبل إن الشافعي وأحمد يشترطان في الحرز بنفسه أن يكون معداً لحفظ المال دون حائط في العادة ويترتب على هذا التعريف أنهما يعتبران الخيام والمضارب وما أشبه إحرازاً بالحافظ لا بنفسها وحجتهما أن العادة جرت بأن تحرز هذه الأشياء بالحافظ وعلى هذا فإذا نصبت الخيمة وكان فيها حافظ نائم فهي محرزة به فإن لم يكن فيها نائم وكان في خارجها من يلاحظها فهي محرزة وإن لم يكن فيها ولا عندها حافظ فسرق منها شيء فقد سرق من غير حرز وهذا هو الحكم سواء ضربت الخيمة بين المساكن أو في مكان بعيد عن العمران(٤) .

أما مالك وأبو حنيفة فيعتبران الخيام إحرازاً بنفسها فإذا ضربت الخيمة فسرق منها شيء ففيه القطع سواء كان هناك حارس أم لم يكن(٥) .

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها – الاقناع ج ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٩ – المغني ج ١٠ ص ٢٥١ – كشاف القناع ج ٤ ص ٨١
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣١ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤
(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ – كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ – المغني ج ١٠ ص ٢٥١
(٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ – شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٩

وعند الشيعة الزيدية أن الخيام تعتبر حرزاً بنفسها ما دامت مغطاة تحجب ما بداخلها فإذا كانت سماوية وهى التى لا سجاف لها ولا تحجب ما بداخلها فلا تكون حرزاً إلا بالحافظ[1].

وما يراه الفقهاء فى اعتبار المكان حرزاً لنفسه ولو لم يكن به حافظ يتفق مع ما جاء به القانون المصرى من التشديد فى السرقة من البيوت المسكونة أو المعدة للسكن فقد شددت العقوبة للسرقة من هذه الأمكنة سواء كان فيها حافظ أم لا ، كذلك يتفق القانون المصرى مع ما يراه مالك وأبو حنيفة من أن الحرز لا يختل بفتح الباب أو النقب وإنما يختل بالإذن بدخول الحرز . فلو سرق شخص من بيت منقوب أو مفتوح الباب فقد سرق من بيت مسكون أو معد للسكن . ولكنه لو سرق من مسكن أذن له بدخوله فلا يعتبر التشديد فى هذه الحالة . وما يراه الشافعى وأحمد فى البيوت البعيدة عن العمران يقترب مما جاء به القانون المصرى عن البيوت والمحلات العامة فإنها لا تعتبر من المساكن إلا إذا كان يبيت بها أحد .

ويختلف الفقهاء القائلون بالحرز فى حكم سرقة نفس الحرز فيرى أبو حنيفة فى حالة سرقة الحرز بالمكان أن سارق الحرز أو بعضه لا يقطع لأن السرقة تقتضى الإخراج من الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فلا إخراج ، فمن سرق باب الدار أو حجارة من حائطها لا يسرق من حرز ولو أنه يسرق نفس الحرز ومن يسرق فسطاطاً مضروباً وهو حرز بنفسه عند أبى حنيفة لا يقطع لأنه سرق نفس الحرز ولم يسرق من الحرز . بعكس ما لو كان الفسطاط غير مضروب وبجواره شخص يحرسه فإن القطع يجب فيه لأن السرقة تكون من حرز بالحافظ[2].

أما الأئمة الثلاثة فيرون قطع من سرق كل الحرز أو بعضه لأن نفس الحرز يعتبر محرزاً بإقامته فالحائط محرز ببنائه والباب محرز بتثبيته والفسطاط وهو

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٧٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

حرز بنفسه عند مالك يحرز بإقامته فمن سرق حجارة من الحائط أو سرق باب منزل أو سرق الفسطاط المنصوب قطع فى سرقته(١) .

أما إذا كان المال محرزاً بالحافظ فأخذ الحافظ ومعه المال كسرقة جمل نام عليه راكبه فلا قطع فيها عند الجميع لأن يد الحافظ لم تزل عن الجمل فإذا استيقظ الحافظ بعد ذلك فالفعل اختلاس إذا أزيلت يده عن الجمل ، ويعلل أبو حنيفة المسألة بتعليل آخر وهو أن الجمل محرز بالحافظ فإذا أخذا جميعا فهو كما لو سرق أجزاء الحرز(٢) .

أما إذا أنزل النائم عن الجمل فلم يستيقظ وأخذ الجمل فهى سرقة يقطع فيها عند أبى حنيفة ومالك وأحمد ولكن الشافعيين اختلفوا فى هذه فرأى بعضهم القطع ولم يره البعض الآخر مع أن تطبيق قواعدهم يقتضى القول بالقطع(٣)

ومذهب الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة فهم يرون من سرق نفس الحرز لا يقطع لأنه محرز به على غيره وليس هو فى ذاته محرزا فمن سرق الباب لا يقطع فيه إلا إذا كان مكللا أى مركباً من داخل بحيث يصير داخل الحرز ، فإذا سرق فقد سرق من الحرز(٤) .

والقائلون بالحرز متفقون على أن الحرز يبطل بالإذن بدخوله . وأن هذا الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً إلا أنهم اختلفوا فيما يعتبر إذنا ومالا يعتبر إذناً وفيما يبطل من الحرز ومالا يبطل . هذه هى آراء الفقهاء فى الحرز واختلافاتهم ويمكننا أن نستظهر آراء الفقهاء ومدى اختلاف آرائهم فى التطبيقات الآتية :

إذا كان لإنسان منزل فى وسط العمران فأذن لآخر بدخول هذا المنزل فسرق منه شيئاً فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ولو كان فى الدار حافظ يحفظ الشىء

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٤٧ ـ المغنى ج١٠ ص٢٠٥

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ١٠١

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص٨١ ـ أسنى المطالب ج٤ ص ١٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص٧٣

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

المسروق أو كان صاحب المنزل يتوسد المسروق أو ينام عليه لأن الدار حرز بنفسها فلا تكون حرزاً بالحافظ وقد خرج من أن يكون حرزاً بالإذن للسارق بدخولها فالأخذ من غير حرز ولا قطع فيه[١] .

ويرى مالك أن الإذن يخرج الدار من أن تكون حرزاً بنفسها ولكنها تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ وإذن فالسرقة من حرز بالحافظ وفيها القطع ويستوى أن يكون الحافظ للشيء المسروق نائماً أو متيقظاً مادام الشيء واقعاً تحت بصره[٢] .

ويرى الشافعي وأحمد مايراه مالك من أن الدار تكون حرزاً بالحافظ إذا كان هناك حافظ للشيء المسروق بشرط دوام الملاحظة على ما بينا فيما سبق فإن نام الحافظ فلا يعتبر حافظاً للشيء إلا إذا توسد الشيء أو التف به أو لبسه[٣]

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأى مالك وإن كان بعضهم يرى رأى الشافعي وأحمد[٤] ولا خلاف بين القائلين بأن الحرز يكون حرزاً بالحافظ فى أنه لو كان الشيء المسروق بعيداً عن الحافظ ولا يقع بصره عليه فإن السرقة تكون من غير حرز ، حيث أن الدار خرجت بالإذن من أن تكون حرزاً بنفسها ، ولأن الشيء المسروق لم يكن محرزاً بحافظ ، ويمكننا أن نقيس على المثل السابق كل حرز آخر مما يعتبر حرزاً بنفسه .

وإذا أذن إنسان لآخر بدخول منزله البعيد عن العمران ، فالحكم عند أبي حنيفة لايختلف عن الحالة السابقة لأن البيت حرز بنفسه ولا فرق عند أبي حنيفة بين أن يكون داخل العمران أو خارجه ولأن الحرز يبطل بالإذن عند أبي حنيفة ولو كان فيه حافظ ولأن وجود الحافظ فى حرز بنفسه لا اعتبار

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٣ ، ٧٤ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١
(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠١ ، ١٠٤
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٧ – المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١
(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٠

له ، والحكم عند مالك لا يختلف عن الحالة السابقة لأنه لا يفرق بين المنازل الداخلة فى العمران والخارجة عنه فالبيت حرز بنفسه فى كل حال و إذا بطل الحرز بالإذن فهو حرز بالحافظ كلما وجد الحافظ ، أما عند الشافعى وأحمد فالبيت لا يعتبر أصلا حرزاً بنفسه لبعده عن العمران ، فالإذن بدخوله كعدم الإذن لا أثر له ، ولا يقطع فى السرقة من مثل هذا البيت إلا إذا كان ثمة حافظ على التفصيل الذى سبق بيانه عندما تعرضنا للحافظ وللبيوت الخارجة عن العمران ، والخلاصة أن البيت البعيد عن العمران لا يعتبر عند الشافعى وأحمد حرزاً بنفسه بأى حال و إنما يعتبر حرزاً بالحافظ إذا وجد الحافظ[1] .

ورأى الشيعة الزيدية فى هذه المسألة يتفق مع رأيهم فى المسألة السابقة لأنهم لا يفرقون بين ما دخل فى العمران وما خرج عنه و إذا أذن للسارق إذنا خاصاً فى دخول الدار الكائنة فى العمران وكان فيها غرف مقفلة أو خزائن مغلقة فسرق من هذه الغرف المقفلة أو من الخزائن فيرى أبو حنيفة أن لا قطع على السارق ما دام المكان المسروق منه جزءاً من الدار المأذون فى دخولها لأن الدار الواحدة حرز واحد ، والإذن بدخول بعض الحرز وهو إذن بالدخول فى الحرز ، فإذا سرق من مكان مغلق فقد سرق من مكان مأذون له فى دخوله وقد بطل بالإذن أن يكون حرزاً فالسرقة من غير حرز ولو كان هناك حافظ[2] ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع رأى أبى حنيفة[3] إلا إذا كان حافظ فيجب القطع .

وفى مذهب مالك رأيان أحدهما يرى عدم القطع لأن الإذن يبطل الحرز والثانى يرى القطع على أن أصحاب الرأى الأول يرون القطع إذا كان ثمة حافظ[1]

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ – كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ – نهاية المحتاج ص ٤٢٩ – المغنى ج ١٠ ص ٢٥١

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ (٣) شرح الازهار جـ ٧ ص ٣٧٢

(٤) شرح الزرقانى جـ ٨ وحاشية الشيبانى ص ١٠٣ ، ١٠٤

أما الشافعي وأحمد فيريان قطع السارق ولو لم يكن هناك حافظ لأن الإذن لا يبطل الحرز فيما هو مغلق ولم يصرح للسارق بدخوله وعلى هذا فإن الإذن إذا أبطل بعض الحرز فإنه لا يبطل البعض الآخر ويفرق أحمد فى حالة حصول السرقة من ضيف بين ما إذا كان المضيف قد منع قراه أم لا فإن كان منعه قراه فسرقه بقدره فلا قطع عليه وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع [١].

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب مالك والشافعى [٢].

أما إذا كانت الدار خارج العمران فلا يختلف الحكم عند أبى حنيفة ومالك والشيعة الزيدية . أما عند الشافعى وأحمد فلا يقطع السارق إلا إذا كان هناك حافظ لأن الدار لا تعتبر عندهما حرزاً بنفسها وإنما تعتبر حرزاً بالحافظ وإذا كان المكان المسروق منه معداً لحفظ المال ومما يؤذن للناس بدخوله إذناً عاماً كبيت طبيب يقابل فيه مرضاه أو عالم يحاضر فيه الجمهور فسرق السارق من مكان محجور عن العامة وغير مسموح بدخوله فالحكم على التفصيل السابق بيانه فى البيوت المأذون بدخولها إذناً خاصاً . إلا أنهم فى مذهب مالك يرون رأياً واحداً دون خلاف وهو قطع السارق ولو لم يكن حافظاً وينبغى أن نعلم أن ذلك هو حكم السرقة الحاصلة فى وقت الإذن فإن حصلت فى وقت غير مأذون فيه بالدخول فعقوبتها القطع حتى عند أبى حنيفة [٣].

والمحلات العامة التجارية والمحلات المعدة لحفظ المال كالمحلات التجارية والفنادق والمطاعم وما أشبه، إذا سرق منها أثناء العمل فيها أى أثناء الإذن بالدخول فلا قطع فى السرقة فى رأى أبى حنيفة ولو كان على المسروقات حارس أما إذا كانت السرقة فى وقت غير مأذون فيه بالدخول كأن كانت بعد غلق المحل أو فى الليل ففيها القطع [٤].. ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع إذا كانت السرقة فى وقت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ .
(٢) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ (٣) تراجع المراجع السابقة
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

الإذن وكان ثمة حافظ فإذا لم يكن حافظ فلاقطع إلا إذا حصلت في غير وقت الإذن ، ويرى مالك والشافعي القطع فيما يسرق من أفنية المحلات التجارية وقت الإذن ولو لم يكن عليها حافظ خاص لأنها تحفظ عادة بأعين الجيران وملاحظتهم فتعتبر محرزة بالحافظ[1].

و يعتبر الفقهاء الحمام من المحلات المعدة لحفظ المال فهو حرز بنفسه فإذا سرق منه وقت الإذن بالدخول فلا قطع من السرقة ولو كان هناك حافظ على رأى أبي حنيفة ، وفي السرقة القطع إذا كان هناك ثمة حافظ على رأى الشافعي وأحمد ، أما مالك فيرى القطع إذا دخل السارق وقت الإذن إذا دخل يقصد السرقة ولو لم يكن هناك حافظ فإن لم يقصد السرقة ثم سرق قطع إذا كان حارس[2]

وإذا كان المحل غير معد لحفظ المال كالمساجد فيرى أبو حنيفة أنه حرز بالحافظ ولا يكون حرزاً بنفسه حتى فيما يلزم بالضرورة لأداء الغرض الذي أنشيء من أجله المحل ، فحصر المسجد وقناديله وما فيه من ثريات كهربائية أو ستائر أو أبسطة أو مصاحف كل ذلك إذا سرق فلا قطع فيه إلا إذا كان حافظ لأن المسجد لم يعد أصلا لحفظ المال ، وإذا دخل أحد المصلين المسجد وترك أمتعته دون ملاحظة فلا قطع في سرقتها لأنها سرقت من غير حرز أما إذا كان يلاحظها فسرقت منه ففي السرقة القطع لأن السرقة من حرز بالحارس ولقد حاول بعض الحنفيين أن يعلل عدم القطع في سرقة أدوات المسجد بأنها مال موقوف لا مالك له ولكن الرأى الراجح أن عدم القطع راجع لانعدام الحرز[3] .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٩ — شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٤ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ وما بعدها

(٢) شرح الزرقاني ص ١٠٢ ، ١٠٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ المغني ج ١٠ ص ٢٥٣ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢ — الزيلعي ج ٣ ص ٢٢١ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ .

ويرى مالك أن المسجد فى أصله ليس حرزاً بنفسه ولكن بناء المسجد نفسه وأدواته المعدة للاستعمال فيه كالحصر والبسط والقناديل كل ذلك يعتبر حرزاً بنفسه فالحائط يعتبر حرزاً بنفسه ، وباب المسجد حرز بنفسه ، وسقف المسجد حرز بنفسه ، وقناديله محرزة بنفسها وهكذا ، فمن سرق من بنـــاء المسجد أو أدواته المعدة للاستعمال فيه فقد سرق من حرز بنفسه . ولا يشترط أن يخرج بما سرق من باب المسجد بل يكفى أن يزيل الشىء عن مكانه . لأن كل شىء يعتبر حرزاً مستقلا بنفسه ، فإذا أزال البساط عن مكانه تمت السرقة دون حاجة لأن يخرج به من الباب ، وإذا أزال خشبة من السقف تمت السرقة دون حاجة للخروج من الباب وهكذا .. أما الأموال التى توضع فى المسجد بصفة مؤقتة كملابس المصلين وأحذيتهم وحصير أو سجادة يحضرها أحد المصلين ليصلى عليها هو أو غيره فسرقة هذه وأمثالها لاقطع فيها لأن المسجد لم يعد لحفظ المال أصلا ، لكن إذا كان عليها حارس يلاحظها ففيها القطع لأن السرقة تحدث من حرز بالحافظ[1]. ويفرق بعض المالكية فى أدوات المسجد بين المثبت والمسمر منها والمشدود بعضه إلى بعض كالقناديل المسمرة المشدودة بالسلاسل والبلاط المثبت والحصر المسمرة أو المخيط بعضها فى بعض فهذه فى سرقتها القطع أما غير المثبت فلا قطع فيه .

وعند الشافعى أن المسجد فى أصله ليس حرزاً بنفسه[2] ولكنه يعتبر حرزاً بنفسه فيما جعل لعمارته كالبناء والسقف ولتحصينه كالأبواب والشبابيك ولزينته كالستائر والقناديل المعدة للزينة ، فمن سرق شيئاً مجعولا للعمارة أو التحصين أو الزينة فقد سرقه من حرز بالمكان . أما ما أعد لانتفاع الناس به كالحصر والأبسطة والمصاحف والقناديل المعدة للاضاءة فلا قطع فيها ولو كان هناك حافظ ولو أن السرقة من حرز بالحافظ لأن هذه المسروقات جعلت للانتفاع العام وحق السارق فى الانتفاع بها شبهة تدرأ الحد .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٢ ـ مواهب الجليل ج٦ ص٣٠٩ ، ٣١٣ والتاج والاكليل
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٤٢٨ .

هذا إذا كان السارق له حق الانتفاع فإذا لم يكن له حق الانتفاع كذمى مثلا أو كان المسجد خاصاً لطائفة معينة فالقطع على السارق وكذلك يقطع السارق بسرق أمتعة المصلين إذا كان حافظ لأن السرقة من حرز بالحافظ[١].

وفى مذهب أحمد رأيان فى السرقة من المسجد أحدهما يتفق مع مذهب الشافعى والثانى يتفق مع مذهب أبى حنيفة[٢].. وحجة أصحاب الرأى الثانى أن المسجد لا مالك له من المخلوقين وأنه معد للانتفاع العام فكان الانتفاع شبهة تدرأ الحد سواء اعتبرت السرقة من حرز بنفسه أو حرز بالحافظ .

وعند الشيعة الزيدية أن المسجد يعتبر حرزاً بنفسه لكل أدواته سواء كانت لعمارته أو تحصينه أو تزيينه أو منفعة وليس حرزاً فيما عدا ذلك إلا بالحافظ فخادم المسجد إذا سرق متاعه فهو مسروق من غير حرز ما لم يكن حافظ ، والمصلى إذا سرق متاعه فكذلك[٣]. ولا يقر الظاهريون الحرز ولذلك فهم يوجبون قطع من سرق من مسجد باباً كان مغلقاً أو غير مغلق أو حصيراً أو قنديلا أو شيئاً وضعه صاحبه هنالك ونسيه كان صاحبه معه أو لم يكن[٤] .

وحكم المعابد والكنائس كحكم المساجد[٥] ويقاس عليها كل مكان لم يعد لحفظ المال كالكتاتيب والمدارس فيما عدا الأقسام الداخلية لأنها تعد لحفظ المال وكذلك المقاهى وما أشبه .

وينبغى أن نلاحظ أن الشافعى وأحمد يفرقان بين المحلات الكائنة فى العمران وما هو كائن خارج العمران وتطبيق هذه القاعدة على المساجد يقتضى القول بأنه لا قطع فى بناء المسجد ولا ما أعد لتحصينه أو عمارته أو زينته إذا كان المسجد خارج العمران إلا كان ثمة حارس على ما سرق من المسجد[٦]

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ وحاشية الرملى ص ١٤٠ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٣

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٢٩ .

(٥) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٥ (٦) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥

وإذا كان رجل فى الفلاة أو فى الطريق ومعه حقيبة أو غرارة بها أمتعته أو كان معه سيارة تعطلت أو دابة أو أى شىء آخر وجلس عندها يحفظها فسرقت منه ، فالعقوبة قطع السارق عند مالك وأبى حنيفة سواء وقعت السرقة والحافظ نائم أو متيقظ بشرط أن يغافله السارق ويسرق الشىء دون أن يراه ؛ فإن رأى السارق وهو يسرق فالفعل اختلاس لاسرقة لأن الأخذ لم يكن خفية ولا قطع فى الاختلاس ، أما الشافعى فيرى قطع السارق إذا كان الحافظ متيقظاً فإن نام فلا قطع إلا إذا توسد الغرارة أو نام فوقها[1] .

وإذا سرق الجانى فسطاطاً ملفوفاً وضعه المجنى عليه فى الطريق أو الفلاة وبقى عنده يحفظه فالحكم ماسبق فإن تركه وحده دون حارس فسرق فالسرقة لاقطع فيها باتفاق لأنها سرقة من غير حرز .

وإذا ضرب الفسطاط ووضعت بداخله أمتعة فسرق منها شىء فيرى مالك وأبو حنيفة القطع فى السرقة لأن الفسطاط حرز بنفسه فإذا سرق منه شىء فهى سرقة من حرز يقطع فيها ولو لم يكن هناك حافظ ، أما الشافعى وأحمد فلا يريان القطع إلا إذا كان على الفسطاط حافظ لأنه ليس حرزاً بنفسه فى رأيهما[2] .

وإذا سرق السارق نفس الفسطاط المضروب فلا قطع عليه عند أبى حنيفة لأنه سرق نفس الحرز ، وسرقة الحرز عنده لاقطع فيها وعلى السارق القطع عند مالك لأن الحرز محرز بإقامته ، أما الشافعى وأحمد فيريان القطع فى سرقة الحرز كمالك ولكنهما يشترطان فى سرقة الفسطاط نفسه أن يكون هناك حافظ لأنهما لا يعتبرانه حرزاً بنفسه كما يعتبره مالك وأبو حنيفة .

ومن هذا القبيل سرقة باب الدار وبعض أجزاء حائطها فيرى أبو حنيفة

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠١ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٢٥١

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٤ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٤ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٨١

أن الباب إذا كان مركباً فهو جزء من الحرز كالحائط ، فإذا سرق الباب أو بعض الحائط سارق فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس فى الحرز فكأنه سرق من غير حرز ولا قطع فى سرقته . أما إذا كان الباب غير مركب وموضوعا داخل الحرز فإن سرقته تكون من حرز وفيه القطع وكذلك الحال فى بعض أجزاء الحائط لو كانت داخل الحرز بغض النظر عما إذا كان الباب مفتوحاً أو الحائط منقوباً لأن فتح الباب والنقب لا يبطل الحرز فى رأى أبى حنيفة . أما الأئمة الثلاثة فيرون أن سرقة الباب و بعض أجزاء الحائط سرقة من حرز يقطع فيه لأنها تعتبر محرزة بإقامتها وتثبيتها فالحائط محرز بإقامته والباب محرز بتركيبه وحلقة الباب محرزة بتسميرها وهكذا . أما إذا كان الباب مخلوعاً وموجوداً داخل الحرز وكذلك بعض أجزاء الحائط ففيها القطع أيضاً عند مالك لأن الحرز لا يبطل عنده بالنقب وفتح الباب ، أما عند الشافعى وأحمد فلا قطع إذا لم يكن هناك باب أو كان هناك باب أو كان هناك نقب أو هدم فى الحائط مالم يكن حافظ فإن كان حافظ ففى السرقة القطع[1] .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن الإنسان يعتبر حرزاً لكل مايلبسه أو يحمله من نقود أو غيرها أو بتعبير آخر يعتبر كل مايلبسه الإنسان أو يحمله من نقود وغيرها محرزاً بحافظ وهو الإنسان .

فمن نشل من آخر نقوداً كانت فى جيبه أو فى ثيابه قطع بالسرقة[2] ويعبر عن النشال بالطرار . والنشل الذى يحدث خفية هو الذى فيه القطع أما ما يحدث والمجنى عليه منتبه له فهو اختلاس ، و يستوى أن يقطع النشال ملابس المجنى عليه أو يدخل يده فيها فيأخذ النقود[3] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٥ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٧ ، ١٤٠ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٩ ، ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٦ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ كشاف القناع ج ٤ ص ٨١ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٢٣

(٢) المدونة ج ١٦ ص ٨٠ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٢ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٦٠

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٥ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

وإن سرق من القطار بعيراً أو حملا لم يقطع لأنه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم لأن السائق والراكب والقائد يقصدون قطع المسافات ونقل الأمتعة ولا يقصدون الحفظ فإن كان مع الأحمال من يتبتها للحفظ قطع ولكن إذا شق الحمل وأخذ منه قطع لأن الجوالق فى مثل هذه الحالة حرز بنفسه لأنه معد لحفظ الأمتعة[١] .

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى بيده فقط عندنا (أى عند أبى حنيفة) وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده . . وإذا كانت غرارة على ظهر دابة فشقها إنسان وأخرج مافيها من متاع قطع عند أبى حنيفة لأن الغرارة حرز لما فيها وإن أخذها بحالها دون أن يشقها لم يقطع لأنه أخذ نفس الحرز وكذلك إذا كانت الغرارة محملة على جمل فسرق الجمل ومعه الغرارة لأن الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ وإنما للحمل وحتى إذا ركب الجمل صاحبه فإن الغرارة لا تعتبر محرزة بحافظ لأنها حرز بنفسها فإذا أخذها السارق فقد أخذ نفس الحرز[٢] أما إذا سرق الجمل وراكبه فلا يقطع لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروق ، ويرى أن ظهر الدابة يعتبر حرزاً للغرارة فإذا أخذ الغرارة كلها أو شقها فأخذ منها فعليه القطع وكذلك لو سرق الدابة وعليها الغرارة مادامت الدابة فى حرز مثلها[٣] كأن كانت باركة فى مراح أو سائرة فى قطار[٤] .

أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران الغرارة محرزة بنفسها وتعتبر أنها محرزة بالحافظ فإذا سرق شخص الغرارة أو شقها فأخذ منها قطع بسرقته إذا كان هناك حافظ ، وكذلك إذا سرق الجمل بما عليه إن كان ثمة حارس ، فإن كان

---

(١) شرح فتح القدير ص ٢٤٦ (٢) بدائع الصنائع ص ٧٤

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٧٩ ، ٨٠ (٤) شرح الزرقانى ج٨ ص ٩٩، ١٠٠، ١٠٢

الحافظ راكباً الجمل فلا قطع[1] لأن يد الحافظ لم تزل عن المسروقات[2] .

ومذهب الشيعة فى هذه المسألة كمذهب أحمد والشافعى لأن يعتبرون الجوالق حرزاً بالحارس[3] .

و إذا سرق الجانى بعيراً أو شاة أو بقرة من المرعى لم يقطع عند أبى حنيفة سواء كان الراعى معها أم لم يكن أما إذا سرقها من المراح التى تأوى إليه فيقطع سواء كان معها حافظ أم لا لأن المراح حرز بنفسه وحجة أبى حنيفة أن المرعى لايعتبر حرزاً بنفسه ولا يعتبر حرزاً بالحافظ ولو أن الراعى موجود لأنه يوجد للرعى لا للحراسة وإن كانت الحراسة تحدث فعلا بوجوده بخلاف المراح فإنه أعد لحفظ المـال وخصص لهذا الغرض و يشترط أبو حنيفة لاعتبار المراح أو الحظيرة حرزاً بنفسه أن تـكون مسورة وعليها باب[4] .

و يرى مالك مايراه أبو حنيفة فى سرقة الدواب والماشية فى المرعى فلا قطع فى سرقتها مع وجود الراعى ، أما إذا سرقت من المراح أو الحظيرة ففى سرقتها القطع و إذا سرقت فيما بين المرعى والمراح مع وجود الحافظ فالبعض يرى القطع والبعض لايراه .

والإبل المقطرة عند مالك تقطع فى سرقتها سائرة أو نازلة مجتمعة أو مقطرة[5] ولا يشترط عند مالك أن يكون المراح أو الحظيرة مسورة أو لها باب بل يكفى أن يعد المـكان مراحاً أو موقفا للدواب[6] .

و يرى الشافعى أن السائمة من إبل وخيل و بغال وحمير وغيرها تحرز فى المرعى بملاحظة الراعى لها بأن يراها و يبلغها صوته فإن نام عنهـا أو غفل عنها

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص١٤٢ ، ١٤٤

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٦

(٥) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ١٠١ ، ١٠٢

(٦) شرح الزرقانى ص ١٠٠ ـ المدونة ج ١٦ ص ٧٩

فغير محرزة ، وإن استتر بعضها عنه فغير محرز ، ويرى البعض أنه يكفى أن يبلغها النظر ولو لم يبلغها الصوت . وتحرز السائمة فى المراح بالمراح المسور والمغلق بابه سواء كان السور حطباً أم قصباً أم حشيشاً أم غير ذلك بحسب العادة . فإن كان المراح مفتوحاً أو خارج العمران فحرز بحارس وتحرز الدواب السائرة بسائق لها يراها كلها أو قائد لها يراها كلها على أن يكثر الالتفات أو بقيادة بعضها وسوق البعض الآخر فإن لم ير بعضها فهو غير محرز [1] .

ويرى أحمد ما يراه الشافعى [2] ويزيد عليه أن الإبل تحرز وهى باركة إذا عقلت وكان معها حافظ ولو نام الحافظ لأن العادة أن صاحب الإبل يعقلها إذا نام ، وإن لم تعقل الإبل وكانت الإبل باركة والحافظ ينظر إليها بحيث يراها فهى محرزة فإذا نام أو انشغل عنها فهى غير محرزة .

والثمار المعلقة فى أشجارها والزرع غير المحصود لا قطع فى سرقتها إذا سرقت وهى معلقة أى قبل الجنى والحصد وكذلك لاقطع فيها بعد جنيها أو حصدها مالم تنقل إلى الجرن وهذا متفق عليه بين الفقهاء ولايخالف فيه إلا الظاهريون حيث يرون القطع فى الثمار والزرع معلقاً أو غير معلق [3] ويرى أبو حنيفة أن لا قطع فى الثمار والزرع ولو كانت محاطة بسور أو حائط . ولكن مالكا والشافعى وأحمد يرون قطع من سرق ثمراً من شجرة نابتة فى دار محرزة لأن السرقة تعتبر مما هو محرز بالدار وفى مذهب مالك يرى أصحابه قطع من يسرق ثمراً من بستان مسور له غلق والشافعيون يرون القطع فى هذه الحالة إن كان ثمة حارس كما يرون أن أشجار أفنية الدور محرزة بلا حارس .

فإذا قطع الثمر أو حصد الزرع فلا قطع فيه إلا إذا وضع فى الجرن . على

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٢ – كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٣٢ – المهذب ج ٢ ص ٢٩٥ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٤ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٠ ، ١٠٥ – شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٩

أن بعض المالكين يرون القطع فيما يسرق قبل النقل للجرن إذا كوم أو كدس أكداساً بعضها إلى بعض حتى يصير كالشىء الواحد، لأنه يصير فى حالة تتفق مع حالته فى الجرن. كما يرون القطع فى السرقة أثناء النقل إلى الجرن إذا كان ثمة حافظ.

وإذا وضعت الثمار والزروع فى الجرن ففى سرقتها القطع عند مالك والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية سواء كان هناك حافظ أم لا ، ما دام الجرن داخل العمران فإن كان الجرن خارج العمران فلا يجب القطع عند الشافعى وأحمد إلا إذا كان حارساً ، ويستوى أن يكون الثمر أو الزرع قد استحكم جفافه أم لا . ولكن أبا حنيفة لا يقطع فيما سرق من الجرن إلا إذا كان الثمر أو المحصول المسروق منه قد استحكم جفافه لأنه يلحق ما لم يستحكم جفافه بالتافه ولا قطع عنده فى تافه .

وإذا كان الإذن بالدخول يبطل الحرز فى حق المأذون له على الوجه الذى سبق بيانه فتطبيقاً لذلك لا يقطع الخدم فى سرقة أموال مخدوميهم ، ولا الضيوف فى سرقة أموال من أضافوهم ، ولا الأجير إذا سرق من موضع مأذون له فى دخوله ، ويقاس على هؤلاء كل من أذن له بدخول الحرز ، لأن الإذن بالدخول يخرج الموضع المأذون فى دخوله من أن يكون حرزاً . وإذا أذن لشخص بأخذ شىء من الحرز ولم يؤذن له فى دخول الحرز فدخله وأخذ الشىء المأذون فى أخذه وسرق شيئاً آخر فلا قطع عليه لأن الإذن بأخذ المتاع يتضمن الإذن بالدخول فى الحرز والإذن بدخول الحرز يبطله فى حق المأذون له فلا يشترط إذن أن يكون الإذن بالدخول صريحاً بل يكفى أن يكون ضمنيا ويراعى فيما سبق الخلافات التى سبق عرضها بين الفقهاء فى حالة ما إذا سرق المأذون له من محل مغلق [1]

ويعتبر السارق مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان له حق الانتفاع به كالمستأجر

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧٤ ، ٧٥ ـ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ١٠٣ ، ١٠٤ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٦ ، ١٤٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٥٣ ، ٢٥٧ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ ـ المدونة ج ١٦ ص ٧٢ ، ٧٥ .

والمرتهن والمستعير فإذا سرق المستأجر مالا لمؤجر من الدار المؤجرة، أو سرق الدائن المرتهن مالا لمدين من العين المرهونة أو سرق المستعير شيئاً للمعير من الدار المعارة فلا قطع على أحدهم لأن لهم حق الانتفاع بالحرز واستعمال هذا الحق يقتضى دخول الحرز

أما المالك للحرز فلا يعتبر مأذوناً له بدخوله إذا كان حق الانتفاع لغيره ولذلك يقطع إذا سرق مالا من الحرز للمنتفع، فالمؤجر إذا سرق مالا المستأجر من الدار المؤجرة والمدين إذا سرق مالا للمرتهن من الدار المرهونه يقطع كل منهما بسرقته وهذا ما يراه أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد والشيعة ولكن أبا يوسف ومحمد يريان عدم القطع لأن الحرز ملك السارق فهناك شبهة فى إباحة الدخول والشبهة تدرأ الحد[1]. ويقطع المعير إذا سرق مالا للمستعير من الحرز المعار وبهذا قال الشافعى وأحمد، ولكن أبا حنيفة والشيعة الزيدية، يرون أن لاقطع على المعير لأن المنفعة ملك له وله الرجوع فى العارية متى شاء فيعتبر دخوله فى الحرز رجوعاً وتكون السرقة من غير حرز[2].

ويعتبر المالك للحرز مأذوناً له بدخول الحرز إذا كان مغصوباً منه، فمن غصب شخصاً داره ثم أحرز فيها مالا فجاء صاحب الدار وسرق مافيها من مال فلاتعتبر السرقة من حرز لأن الغصب لم يسلب المالك حقه فى ملكية الحرز[3]. كذلك لو كانت الدار مستأجرة أو مرتهنة أو معارة فانتهت الأجارة والرهن أو العارية ورفض المنتفع رد الدار أو أهمل الرد[4] مع تمكنه من ذلك ففى هذه الحالة يكون المنتفع فى حكم الغاصب[5].

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧٥ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ - أسنى المطالب ص ١٣٨ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص٣٠٧ - نهاية المحتاج ج ٧ ص٤٣٤

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٥ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٢ .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الرملى ص ١٤٦ .

٦١٠ - **السرقات من الأقارب** : وفى مذهب أبى حنيفة لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم لأنهم يدخل بعضهم على بعض دون إذن عادة فكان هناك إذن ضمنيا بالدخول فتكون السرقة من غير حرز فضلا عن أن القطع بسبب السرقة يفضى إلى قطع الرحم وذلك حرام والقاعدة أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام (١) .

أما من سرق من ذى رحم غير محرم فيقطع بسرقته لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة دون استئذان فليس هناك إذن صريح ولا ضمنى بالدخول . والسرقة من محرم غير ذى رحم كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة مختلف عليها فى المذهب ، فأبو حنيفة ومحمد يريان القطع فيها وأبو يوسف لا يرى القطع فى حال السرقة من الأم ويقطع فيما عدا ذلك وحجته أن الإنسان يدخل بيت أمه من الرضاع دون إذن عادة فهناك إذن ضمنى بالدخول (٢) .

ومن سرق من امرأة أبيه أو زوج أمه أو حليلة ابنه أو من ابن امرأته أو أمها فلا قطع عليه إن كانت السرقة من منزل من يضاف إليه السارق من أبيه أو أمه أو ابنه أو امرأته لأنه مأذون له بالدخول فى منزل هؤلاء فلم يكن المنزل حرزاً فى حقه . وإن سرق من منزل آخر فإن كانا فيه لم يقطع وإن كان لكل واحد منهما منزل على حدة فيرى أبو حنيفة أن لا قطع ويرى أبو يوسف ومحمد القطع وحجة أبى حنيفة أن حق التزاور ثابت بين السارق وبين قريبه وكون المنزل لغير قريبه لا يمنع من أن له زيارة قريبه وهذا يورث شبهة إباحة الدخول فيختل الحرز (٣) . .

هذا هو حكم السرقة من الأقارب فى مذهب أبى حنيفة . أما الشافعى وأحمد فعندهما أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل وسواء فى ذلك الأب والأم والإبن والبنت والجد والجدة من قبل الأب والأم . لقول الرسول صلى الله عليه وسلم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥

« أنت ومالك لأبيك » ولقوله « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » وفى لفظ فكلوا من كسب أولادكم . ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وإن علا لأن النفقة تجب فى مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال . فأما سائر الأقارب كالإخوة والأخوات ومن عندهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله[1] .

ويرى مالك أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع فلا قطع على الجد والجدة لأب أو لأم والأب والأم إذا سرقوا من أحفادهم أو أبنائهم . ولكن إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم فلا يعفى مالك من القطع للقرابة إلا الأصول لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك »[2] ويرى بعض الشيعة الزيدية رأى مالك ويرى البعض أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا على الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين ذوى الأرحام المحارم[3] .

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا يسقطون القطع للقرابة ويرون أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » منسوخ بآيات المواريث[4] .

وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر فيرى مالك قطع السارق منهما إذا سرق مالا محجوراً عنه أى محرزاً فى مكانه مغلقاً لا يسمح له بدخوله ، فإذا سرق من مال لم يحجر عنه فلا قطع عليه . ويستوى أن يكون المال المحجور عنه فى نفس المنزل الذى يقيمان فيه أو فى غيره[5] . ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين فى سرقة مال الآخر سواء سرق من البيت الذى يقيمان فيه أم من بيت

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ المغنى ج ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ .
(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨
(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ وحاشية الشيبانى .
(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٠

آخر لأن كلا من الزوجين مأذون له بدخول منزل صاحبه كما أنه ينتفع بماله عادة وهذا يوجب خللا فى الحرز[1] . وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء أحدها كرأى مالك والثانى كرأى أبى حنيفة والثالث يرى أصحابه قطع الزوج إذا سرق مالا محجوراً عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع الزوجة إذا سرقت ماحجر عنها من مال الزوج وحجتهم أن للزوجة حقاً فى مال الزوج لأنه ملزم بالانفاق عليها وليس الزوج كذلك[2] . . والرأى الأول هو الراجح فى المذاهب[3] . وفى مذهب أحمد رأيان أحدهما كرأى مالك والثانى كرأى أبى حنيفة[4] ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان رأى مالك وأبى حنيفة[5] . أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه مالم يبح له أخذه سواء كان محرزاً عنه أو غير محرز لأن الظاهريين لا يعترفون بالحرز ، أما إذا كان المأخوذ مباحاً أخذه كنفقة الزوجة أو طعامها أو كسوتها فلا قطع فيه[6] .

وهذا هو حكم السرقة بين الزوجين مادامت السرقة قد وقعت والزوجية قائمة ولا عبرة بالدخول ، فلو حدث الطلاق قبل الدخول فلا قطع فيما يقع من سرقات بين الزوجين من وقت الزواج إلى وقت الطلاق لأن الزوجية كانت قائمة وقت السرقة أما مايقع بعد الطلاق ففيه القطع لأن غير المدخول بها لاعدة لها لقوله تعالى ﴿ فمالكم عليهن من عدة تعتدونها ﴾ وإذا كانت السرقة فى عدة الطلاق الرجعى فلا قطع أيضاً لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة أما السرقة فى عدة الطلاق البائن ففيها القطع . ولكن أبا حنيفة لايرى القطع إذا وقعت السرقة فى عدة الطلاق البائن لأن النكاح فى حال العدة قائم من وجه كما أن أثره قائم وهو العدة،وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥   (٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٧   (٥) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٦) المحلى ج ١١ ص ٣٧ ، ٣٥

أو قيام أثره يورث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات[١] .

وإذا كانت السرقة بعد انتهاء العدة ففيها القطع بلا خلاف ، وقيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له على السرقة التى وقعت قبلها فيقطع السارق فيها . ولا يخالف فى هذا إلا الحنفية فإنهم يرون أن الزواج إذا حصل قبل الحكم فى الجريمة لم يحكم فيها بالقطع لأن الزواج مانع طرأ على الحد والمانع الطارىء عند الحنفية له حكم المانع المقارن إذا أدى لإسقاط الحد . ويرى أبو حنيفة أن الزواج إذا حصل بعد الحكم وقبل تنفيذ العقوبة لم يقطع وحجته أن الإمضاء فى باب الحدود من تمام القضاء فكانت الشبهة المعترضة على الإمضاء كالمعترضة على القضاء وكان الطارىء على الحدود قبل الإمضاء بمنزلة الموجود قبل القضا ولكن أبا يوسف يرى فى هذه الحالة عدم سقوط حكم القطع بالزواج لأن المانع من القطع فى حالة الزوجية هو شبهة عدم الحرز فإذا اعتبرت الزوجية الطارئة شبهة مانعة من القطع لكان معنى ذلك اعتبار الشبهة وهى ساقطة فى باب الحدود[٢] .

واختلف فى مذهب أبى حنيفة فيما إذا كان الحرز المعتبر للشىء المسروق هو حرز مثله أو حرز نوعه فرأى البعض أن يعتبر فى الشىء حرز المثل فالاصطبل مثلا حرز الدابة والحظيرة حرز الشاة والبيوت والخزائن حرز النقود والجواهر ورأى البعض أن ما كان حرز النوع جاز أن يكون حرزاً للأنواع كلها فالاصطبل مثلا حرز الدابة فيجوز أن يكون حرزاً للنقود أو الجواهر[٣] .

ولكن الأئمة الثلاثة والشيعة الزيدية يرون هذه المسألة للعرف ويرون أن حرز الشىء هو ما جرت العادة بحفظه فيه وما لا يعتبر صاحبه مضيعاً ، والمرجع فى تعيين ذلك للعرف فرأيهم إذاً يتفق مع الرأى الأول فى مذهب أبى حنيفة[٤]

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٠

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٤٢

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٨ – أسنى المطالب ج ص ١٠١ – المغنى ج ١٠ ص ٢٥٠ شرح الأزهار ج ص ٣٧٠

ولهذا المبحث أهمية كبرى ذلك أن القطع لايجب إلا فى سرقة من حرز فإذا قلنا بأن الحرز حرز المثل امتنع مثلا القطع فى سرقة الجواهر من الاصطبل أو الجرن وسرقة الأقمشة من حظيرة الشاة لأن الاصطبل والجرن والحظيرة لا يعتبر أيهم حرز لهذه الأشياء فكانت السرقة واقعة على مال غير محرز وإذا قلنا إن حرز نوع معين هو حرز لباقى الأنواع وجب القطع فى هذه السرقات لأنها واقعة على مال محرز .

٦١١ - رابعاً - أن يبلغ المال المسروق نصابا : الأصل فى شرط النصاب أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وما أثر من فعله فقد روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم أو قيمته ثلاثة دراهم على رواية. رواه الجماعة وعن عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق فى ربع دينار فصاعدا رواه الجماعة إلا ابن ماجة . وفى رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاتقطع يد السارق إلا فى ربع دينار فصاعدا رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجة ، وفى رواية قال تقطع يد السارق فى ربع دينار رواه البخارى والنسائى وأبو داوود وفى رواية تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا رواه البخارى ، وفى رواية قال اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثنا عشر درهما رواه أحمد وفى رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتقطع يد السارق فيمادون ثمن المجن، قيل لعائشة ماثمن المجن قالت ربع دينار رواه النسائى وعن أبى هريرة أن رسولنا صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده[1]

وجمهور الفقهاء على اشتراط النصاب بوجوب القطع فى السرقة إلا ماروى عن الحسن البصرى وداوود وما عرف عن الخوارج من وجوب القطع فى سرقة القليل والكثير وحجتهم إطلاق قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ كما استدلوا بحديث أبى هريرة

(١) نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٦ وما بعدها .

« لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . ولكن جمهور الفقهاء يرون أن إطلاق الآية مقيد بأحاديث الرسول التي سبق ذكرها ويرون أن حديث أبي هريرة أريد به تحقير شأن السارق والتنفير من السرقة[1]

وإذا كان جمهور الفقهاء يشترط النصاب في القطع إلا أنهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا النصاب فيرى مالك أن القطع يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب فإذا كان المسروق من غير الذهب أو الفضة قوم بالدراهم لا بالذهب إذا اختلفت قيمة الثلاثة دراهم مع الربع دينار ولاختلاف الصرف مثل : أن يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً فإذا ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساو ربع دينار ، وإن ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع[2] .

فالقاعدة عند مالك أن كل واحد من الذهب والفضة معتبر بنفسه وقد روى عنه بعض البغداديين أنه ينظر في تقديم العروض إلى الغالب في نقود أهل البلد فإن كان الغالب دراهم قومت بالدراهم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالدنانير والمشهور هو الرأي الأول . ويرى الشافعي يجب في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب كما يرى مالك ، ولكن الشافعي يرى أن الأصل في تقويم الأشياء هو الذهب فالربع دينار أصل للدراهم ومن ثم فلا يقطع عنده إلا فيما يساوي ربع دينار أو ماقيمته ربع دينار وإذا كانت السرقة من غير الذهب قومت بالذهب[3] .

وفي مذهب أحمد روايتان : الأولى أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا هو مشهور مذهب مالك . الثانية أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع

---

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣ .

(٢) حاشية الشيباني ص ٩٤ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٩

دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أى الفضة فإذا سرق السارق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع فإذا اختلفت قيمة الربع دينار مع الثلاثة دراهم قطع إذا بلغ المسروق أقل القيمتين[١] .

ويرى أبو حنيفة أن النصاب الذى يقطع هو عشرة دراهم تساوى ديناراً ، فلا قطع عنده فى أقل من عشرة دراهم وحجته ما روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص من أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان لا يقطع إلا فى ثمن مجن وهو يومئذ يساوى عشرة دراهم وفى رواية أخرى أن الرسول قال لاقطع فيما دون عشرة دراهم ، وعن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم » وما روى عن ابن عباس أن الرسول قال « لا يقطع السارق إلا فى ثمن المجن » وكان يقوم يومئذ بعشرة دراهم .

ويرى الحنفية أن الإجماع منعقد على القطع فى عشرة دراهم وفيما دون العشرة اختلاف الفقهاء لاختلاف الأحاديث فوقع الاحتمال فى وجوب القطع ولا يجب القطع مع الاحتمال[٢] .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع المذهب الحنفى[٣] ويرى ابن حزم من فقهاء المذهب الظاهرى أن نصاب السرقة الذى يقطع فيه اليد هو ربع دينار إذا كان المسروق ذهباً فإذا كان المسروق مما سوى الذهب فالقطع إنما يجب فى سرقة ما يساوى ثمن مجن أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد ، ولم يحاول ابن حزم أن يبين قيمة المجن أو الترس لما روى عن عائشة من أن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فى أدنى من ثمن المجن أو ترس كل واحد منهما يومئذ ذو ثمن وأن يد السارق لم تكن تقطع على عهد الرسول فى الشىء التافه.

أما إذا كانت قيمة المسروق أقل من ثمن المجن أو ترس فلا قطع فيه أصلا لأن ذلك هو التافه[٤] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٤٢ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ (٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤
(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٠ ، ٣٥٣

ويلاحظ أن صاحب نيل الأوطار ذكر أن ابن حزم يرى القطع إذا كان المسروق ربع دينار من الذهب ويرى القطع فى غيره إلا فى القليل أو الكثير بحجة أن التحديد فى الذهب منصوص ولم يوجد نص فى غيره وهذا الذى قاله مؤلف نيل الأوطار لايتفق مع ماصرح به ابن حزم فى المحلى(١) .

وهناك آراء أخرى فى النصاب لفقهاء آخرين ، لاتوجب القطع إلا فىأربعة دنانير أو أربعين درهما ، ويرى البعض القطع فى درهمين وهناك من يرى القطع فىأربعة دراهم ومن يراهفىثلث دينار وهو مذهب الباقر ومن يراهفى خمسةدراهم(٢)

وإذا كان النصاب شرطا فى القطع فلا قطع إذا قلت قيمة المسروق عن النصاب فإذا دخل السارق داراً فأخرج منها أقل من النصابفلا قطع عليه وإذا أخرج درهما أو ما قيمته جميعا درهم إلى صحن الدار ثم عادفأخرج مثله وهكذا حتى أخرج النصاب أو قيمة النصاب ثم خرج بها جميعاً من صحن الدارفإنه يقطع فيها ولوأنه أخرج النصاب إلى صحن الدار مجزءاً لأن ما حدث منه يعتبر سرقة واحدة إذ الدار وصحنها حرز واحد ومادام المسروق فى صحن الدار فهو لم يخرج من الحرز فإذا أخرجه من الصحن إلىالخارجفقد أخرجه من الحرز وتمت السرقة مالم تكن الدار مكونة من عدة بيوت مستقلة والصحن مشترك لها جميعاً فإن الإخراج إلى الصحن يعتبر إخراجا من الحرز ولو لم يخرج السارق بالمسروقات إلى خارج الدار إذ كل بيت مستقل يعتبر حرزاً وحده(٣) .

وإذا أخرج المسروق من بيت مستقل فى الدار إلى صحنها المشترك مرة واحدة وكان يبلغ نصابا فالحكم هو ما سبق لأن السرقة تعتبر تامة بالإخراج إلى صحن الدار مع ملاحظة الفرق بين من يعتبرون بطلان الحرز بفتح الباب ومن

---

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٦ ، ٣٩ – المحلى ج ١١ ص ٢٥٢ .
(٢) نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٨ ، ٢٩ – بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ – المغنى ج ١٠ ص ٢٥٩ – شرح الزرقانى ج ٧ ص ١٠٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ .

لا يعتبرون فعند من يرى الإبطال أنه لا قطع إذا أخرج المتاع إلى صحن الدار من بيت مفتوح لأن المال ليس محرزاً فإن كان البيت مقفلا وباب الدار مفتوح قطع لأنه أخرجه من حرزه إلى محل الضياع[1] أما إذا أخرج المسروق من بيت مستقل فى الدار إلى صحنها المشترك أو أخرجه من الدار غير المشتركة إلى خارجها وكان الإخراج على دفعات وكل دفعة تقل عن النصاب فالحكم مختلف عند الفقهاء وقد بسطناه بمناسبة الكلام على إبطال الحرز[2] .

وإذا دخل جماعة داراً فأخرجوا المتاع منها دفعة واحدة إلى صحن الدار المشترك أو إلى خارج الدار فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان هناك تعاون على الإخراج أو اشتراك فيه وقد سبق أن تكلمنا عن ذلك مفصلا ، أما إذا أخرجوا المتاع مجزءاً على دفعات فتطبق عليهم قواعد الإخراج على دفعات مع قاعدة التعاون والاشتراك ، وإذا سرق شخص واحد نصاباً واحداً من حرزين مختلفين فلا قطع عليه لأنهما سرقتان مختلفتان وكل واحد من المنزلية حرز مستقل ويشترط القطع فى كل سرقة أن يخرج عن كل حرز نصاباً كاملا .

ولو سرق شخص نصاباً يملكه عدة أشخاص قطع به ولا عبرة بعدد المجنى عليهم وكذلك الحكم لو كان المجنى عليهم فى دار واحدة كل منهم فى بيت من بيوتها لأن الدار حرز واحد أما إذا كانت البيوت مستقلة اعتبر كل بيت حرزاً مستقلا ولم يقطع الجانى[3] .

ولكن بعض الشيعة الزيدية يرون القطع فى هذه الحالة إذا بلغت قيمة الجزء الذى أخرج نصابا[4] وإذا أخرج السارق بعض المسروق من الحرز دون بعضه الآخر وكان المسروق شيئاً واحداً كخشبة أو صندوق وما أشبه فلا قطع عليه ولو كانت قيمة ماخرج من المسروق تزيد على النصاب لأن بعض المسروق

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٩ ــ المغنى ج ١٠ ص ٢٦٠ (٢) راجع ص ٤٨
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٤ ــ المغنى ج ١٠ ص ٢٤١ (٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٧

لا ينفرد عن بعض . ولأنه لم يتم إخراجه[1] ولو وجد المسروق على هذا الوجه فأخرجه فلا قطع عليه لأن المسروق بهذا الوجه لا يعتبر محرزاً ولأنه كما يقال إنه فى الحرز يقال إنه خارج الحرز[2] .

ومن يبطلون الحرز بفتح الباب والنقب لا يعتبرون الأخذ من حرز فى هذه الحالة إذا كان الشىء خارجاً من باب أو ثقب ويستوى أن تكون المسروقات مجتمعة أو متفرقة داخل الحرز ما دام الحرز واحداً والعبرة بما يخرجه السارق من الحرز فإن كان أقل من نصاب فلا قطع وإن كان أكثر من نصاب قطع به على التفصيل السابق .

وإذا نقصت قيمة المسروق بهلاك بعضه فى يد السارق بعد الخروج به من الحرز فالعبرة اتفاقاً بقيمته وقت السرقة أما إذا كان سبب النقصان نزول السعر فقد اختلفوا فى مذهب أبى حنيفة فيرى البعض اعتبار القيمة وقت الحكم ، أما الزيادة فغير معتبرة ويرى البعض اعتبار القيمة وقت الإخراج من الحرز كذلك اختلفوا فى المذهب إذا كانت السرقة فى بلد وضبط المسروق فى بلد آخر فيرى البعض أن العبرة بقيمة المسروق فى محل ضبطه ويرى البعض الرجوع إلى قيمة المسروق فى محل السرقة[3] .

ويرى الأئمة الثلاثة أن العبرة بقيمة المسروق فى كل الأحوال وقت السرقة أى وقت إخراجه من الحرز لا قبل ذلك ولا بعده فإذا كان لا يساوى نصاباً وقت الإخراج فلا قطع ولو كان سبب النقص فعل الجانى كأن أكل بعضه أو أتلفه أو أفسده ولا عبرة فى الرخص والغلاء الطارئين بعد إخراج المسروق من الحرز وتعتبر القيمة فى مكان السرقة لا فى مكان آخر[4] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٦١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٥ (٣) بدائع الصنائع ص ٧٩

(٤) شرح الزرقانى ص ٩٤ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٠٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٧٨ أسنى المطالب وحاشية الرملى ص ١٣٧ .

وعند الشيعة الزيدية بأن العبرة بقيمة المسروق وقت المرافقة لا وقت السرقة فإذا سرق شيئاً وقيمته وقت السرقة عشرة دراهم ثم كانت قيمته وقت المرافقة أقل من ذلك سقط القطع أما إذا زادت القيمة فلا عبرة بالزيادة[1] وإذا حكم بالقطع فنزلت القيمة قبل التنفيذ فعلى رأى أبى حنيفة والشيعة يسقط القطع لأنهم يجعلون المانع الطارىء بعد الفعل فى حكم المانع المقارن ويجعلون الإمضاء من تمام القضاء .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا اختلف المختصون فى تقويم المسروق فقدره بعضهم بأقل من نصاب وقدره بعضهم بنصاب درىء القطع وحجته فى ذلك فعل عمر حين رأى قطع سارق فقال له عثمان إنما سرقه لا يساوى نصابا فدرأ عنه القطع[2] ويتفق مذهب أحمد فى هذا لأنه يرى فى حالة تعارض البينات فى القيمة أن يؤخذ بالقيمة الأقل[3] . ويرى الشافعى أن المسألة تختلف باختلاف الأساس الذى تقوم عليه شهادة المقومين الذين يقومون العين بالأكثر فإن قامت على أساس القطع أخذ بهذه الشهادة وإن قامت على أساس الظن أخذ بالتقويم الأقل لتعارض البينات[4] . أما مالك فيرى أنه إذا شهد عدلان بأن قيمة المسروق نصاباً أخذ بشهادتهما ولو عارضتها شهادات أخرى وعلة ذلك أن المبدأ عند مالك هو تقديم المثبت على النافى[5] .

ولا يشترط الشافعى أن يعلم السارق بقيمة المسروق بل يكفى أن يقصد السرقة ثم يسرق نصابا فإذا قصد سرقة شىء تافه فى اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب قطع فيه وإذا سرق ثوباً لا يساوى نصاباً فوجد فى جيبه نقوداً تبلغ نصاباً قطع وإذا قصد سرقة صندوق به نقود فوجده فارغاً والصندوق لا يساوى نصاباً لم يقطع[6] .

---

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ (٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٧ ، ٧٩ .
(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٢٣٧ (٤) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ (٥) المدونة ج ١٦ ص ٩٠ .
(٦) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٠ .

وعلى هذا أحد الرأيين فى مذهب أبى حنيفة أما الرأى الآخر فيستوجب علم السارق بحقيقة قيمة المسروق فإن كان يعلم بوجود النقود فى جيب الثوب قطع وإن لم يكن يعلم لم يقطع لأنه قصد سرقة الثوب فقط وهو لا يبلغ النصاب ولا قطع فيه وحده أما لو سرق غرارة أو صندوقاً أو جراباً به مال كثير يقطع ولو لم يكن عالما بحقيقة ما فى الغرارة أو الجراب أو الصندوق لأنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف ويستدل على القصد بالظروف والقرائن(١) .

ويستوجب أحمد للقطع العلم بقيمة المسروق، فلو سرق منديلا شد عليه دينار قطع إن علم بالدينار وإن لم يعلم به فلا قطع(٢) .

ويرى أن الجانى يؤخذ بقصد السرقة ولا عبرة بظنه أن قيمة المسروق تقل عن نصاب إلا إذا صدق العرف فى هذا الظن، فلو مد يده في جيب شخص فأخذ منه نقوداً وهو يظنها نحاسية قطع لأن العرف لم يجر على وضع النقود النحاسية وحدها فى الجيب بل يوضع فيه كل أنواع النقود ولو سرق ثوبا وهو لا يساوى نصابا فارغاً ولكن فى جيبه نقود تبلغ نصابا قطع ولو ظن أن الثوب فارغ لأن العرف جرى على وضع النقود فى جيوب الثياب أما إذا سرق قطعة خشب فوجدها مجوفة وفى داخلها نقوداً تبلغ نصاباً فلا قطع إذا لم تبلغ قيمة الخشبة وحدها نصاباً إذ أنه كان يعتقد وقت السرقة أنه يسرق خشبة غير مجوفة وليس فيها نقود(٣) .

ويحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه الآخر وأن يكون المسروق كله مما يقطع فيه كإناء من النحاس به حناء أو كحمار عليه بردعة كما يحدث أن يكون بعض المسروق تابع لبعضه وأن يكون بعضه فقط مما يقطع فيه كإناء من الذهب فيه خمر أو ككلب فيه طوق من الذهب . والأصل أن المقصود بالسرقة إذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع السارق فيه

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ ، ٨٠ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨ (٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥ .

بلا خلاف وإن لم يبلغ بنفسه نصابا إلا بالتابع يكمل النصاب بالتابع ويقطع السارق فى سرقته وكذلك الحكم لو كان كل منهما لا يبلغ نصابا أو مقصودا لذاته يكمل أحدهما بالآخر ويقطع السارق .

أما إذا كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد كالكلب وكان معه ما يقطع فيه كطوق الذهب فيرى مالك أن العبرة بقيمة ما فيه القطع فإذا بلغت قيمة الطوق نصابا قطع السارق ولو كان يقصد الكلب دون الطوق[١] .

وكذلك الحكم عند الشافعى[٢] ويرى أبو حنيفة أنه كان المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه إذا انفرد لا يقطع السارق وإن كان مع المسروق المقصود غيره مما يبلغ نصابا ما دام الغير لم يقصد بالسرقة ويؤيد هذا الرأى محمد ولكن أبا يوسف يخالفه ويأخذ برأى مالك والشافعى[٣] . وفى مذهب أحمد رأيان الرأى الأول كرأى مالك والشافعى والثانى كرأى أبى حنيفة[٤] .

الركن الثانى

أن يكون مملوكا للغير

٦١٢ — يشترط لوجود جريمة السرقة أن يكون الشىء المسروق مملوكاً لغير السارق فإن كان مملوكا للسارق فالفعل لا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية.

والعبرة بملكية السارق للمسروق وقت السرقة فإن كان يملكه قبل السرقة ثم خرج من ملكه قبيل السرقة فهو مسئول عن السرقة وعليه القطع وإن لم يكن يملكه ولكن دخل فى ملكه وقت السرقة فلا مسؤولية عليه كأن ورثه أثناء السرقة ويشترط لانعدام المسؤولية أن يملكه قبل إخراجه من الحرز

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢١ — المحلى ج ١١ ص ٣٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٩ (٤) كشاف القناع ج ٤ ص ٧٨ .

فإن مالكه بعد إخراجه من الحرز فلا يعفيه ذلك من المسؤولية الجنائية[١] لأن الشيء وقت إخراجه من الحرز كان على ملك غيره ومن ثم يقطع بسرقته عند مالك مطلقاً ، أما الشافعي وأحمد والشيعة الزيدية فيفرقون بين ما إذا كان التملك قبل تبليغ السرقة والمطالبة بالمسروق أو بعد ذلك فإن كان التملك قبل التبليغ فلا قطع و يعزر الجاني لأن مطالبة المجني عليه بالمسروق شرط عندهم للقطع فإذا تملك الجاني المسروق قبل المطالبة لم تصح المطالبة بعد ذلك فلا يكون الحكم بالقطع ممكناً عملا أما إذا كان التملك بعد المطالبة بالمسروق فلا يمنع التملك من الحكم بالقطع [٢] والفرق بين هؤلاء الفقهاء ومالك أن مالكا لا يشترط للقطع مخاصمة المجني عليه أو مطالبته بالمسروق فيكفي أن يبلغ بالسرقة أي شخص المجني عليه أو غيره وليس من الضروري أن يطالب المجني عليه برد المسروق فالقطع واجب على السارق سواء بلغ المجني عليه أو لم يبلغ طالب المسروق أو لم يطالب [٣] أما هؤلاء الفقهاء فيشترطون للقطع أن يطالب المجني عليه بالمسروق . ويرى أبو حنيفة أن تملك المسروق قبل القضاء يسقط القطع عن السارق وإن كان لا يمنع من تقديره فإذا تملكه بعد القضاء وقبل الإمضاء فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لا يقطع السارق لأن الإمضاء من تمام القضاء فيما يصلح مانعاً للحد قبل القضاء يصلح مانعاً بعده ويرى أبو يوسف أن تملك المسروق بعد القضاء لا يمنع من القطع فإن سارق رداء صفوان أتي به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر أن يقطع فقال صفوان يا رسول الله إني لم أرد هذا وهو عليه صدقة فقال الرسول فهل قبل أن تأتيني به فدل على أن التملك بعد القضاء لا يسقط القطع[٤]

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٧ (٢) أسنى المطالب ج ٤ س ١٣٩ المغني ج ١٠ ص ٢٧٧ ـ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

(٣) المدونة ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ س ٨٨ ، ٨٩ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٦

أما المذهب الظاهرى فيتفق مع مذهب أبى حنيفة فى هذه النقطة [١] .

ولا يكفى لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشىء المأخوذ غير مملوك لآخذه بل يشترط أن يكون مملوكا لغير السارق فإن لم يكن مملوكا لأحد كالأموال المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة ولو كان خفية ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال ولو لم يكن يملكه إذا كان له حق الانتفاع به فالمستأجر الذى يأخذ الشىء المؤجر له والمستعير الذى يأخذ الشىء المعار والمرتهن الذى يأخذ الشىء المرهون كل هؤلاء لا يعتبر أحدهم سارقاً ولو أخذ الشىء خفية عن المالك ما دام أنه قد أخذه لاستيفاء حقه المقرر على الشىء على أن مالك يرى قطع صاحب المنفعة إذا أخذ الشىء خفية عن مالكه قبل القبض [٢] ويجب أن يكون الشىء المأخوذ محلا للملك حتى يكون محلا للسرقة فإن لم يكن محلا الملك فلا يعتبر محلا للسرقة ولم يعد الإنسان بعد إبطال الرق محلا للسرقة لأنه لم يعد محلا للملك ومن ثم فلا يعتبر سرقة أخذ الأطفال خفية ولا أخذ الرجال والنساء بصفة عامة أيا كان جنسهم أو لونهم أو دينهم وقبل إبطال الرق كان العبيد والإماء محلا للسرقة فى الشريعة باعتبارهم مالا من وجه يمكن التصرف فيه كأى مال آخر، أما بعد إبطال الرق فلا يعتبر الإنسان مطلقاً محلا للسرقة عند جمهور فقهاء المسلمين وعند أبى حنيفة والشافعى وعلى الرأى الراجح فى مذهب أحمد ومذهب الشيعة لزيدية أما مالك فيخالف فى هذا الاتجاه ويعتبر سرقة يقطع فيها آخذ طفل خفية ذكرا كان أو أنثى يمكن خداعه أو أخذ مجنونا صغيراً كان أو كبيراً من حرز مثله كأن كان مع أهله أو مع كبير حافظ فإن كان الطفل كبيرا أو واعيا أو لم يكن فى حرز مثله فلا قطع ويرى الظاهريون كما يرى مالك القطع فى سرقة الحر الصغير وهو يوافق الرأى المرجوح فى مذهب أحمد ومذهب الشيعة الزيدية . [٣] ورأى

---

(١) المحلى ج ١١ ص ١٥١ (٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ - شرح الزرقانى ج ٤ ص ٣٦٥ (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ - أسنى المطالب ج ٤ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٣٨ - المغنى ج ١٠ ص ٢٤٥ - الزرقانى ج ٨ ص ٩٤ ، ١٠٣ - المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٩

القائلين بأن أخذ الأطفال لا يعتبر سرقة وإنما هو جريمة خاصة يتفق مع مذهب القانون المصرى والقانون الفرنسي ولكن يلاحظ أن القانون المصرى والفرنسى يعاقبان على خطف الأطفال بعقوبة أشد من عقوبة السرقة العادية وأن القانون الفرنسى يعبر عن خطف الأطفال باللفظ الذى يعبر به عن السرقة وهو val ولعل هذا أثر لما كان عليه القانون الفرنسي قديما من اعتبار الفعل سرقة . ويكفى لوجود السرقة أن يكون الشيء مملوكا للغير ولو كان المالك مجهولا كسرقة مال شخص غير معروف أو كان المالك غير معين كسرقة المال الموقوف على الفقراء أو الأغراب أو التعليم وهذا هو ما يراه مالك[1] وهو ما يراه الظاهريون لأنهم يرون قطع كل من سرق مالا لا نصيب له فيه[2] وعند الشافعى وأحمد أن أخذ مال المجهول خفية سرقة ولكن لا يقطع عندهما فيها لأنهما يشترطان للقطع مطالبة المجنى عليه بالمسروق وإذا كان المجنى عليه مجهولا فلا مطالبة ولا قطع أما سرقة مال الوقف ففيها القطع عندهما إذا لم يكن السارق من الموقوف عليهم فإن كان منهم فحكمه حكم الشريك فى المال وسنتكلم عليه فيما بعد وفى مذهب أحمد رأى بأن سرقة المال الموقوف مطلقاً لا قطع فيها بحجة أن المال الموقوف لا يملكه الموقوف عليه[3] .

والراجح فى مذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كمذهب الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد[4] ويرى أبو حنيفة أن لا يقطع السارق إذا كان المجنى عليه مجهولا ولو أقر الجانى بالسرقة لأن القطع مشروط بمطالبة المجنى عليه ومخاصمته

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٦ — مواهب ج ٦ ص ٣٠٩، ٣١٠ المدونة جـ ١٦ ص ٦٨
(٢) المحلى جـ ١١ ص ٣٢٨
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ ، ١٤٠ — المهذب ج ٢ ص ٢٩٨، ٣٠٠ المغنى ج ١٠ ص ٢٤٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٨ — كشاف القناع جـ ٤ ص ٧٧ ، ٨٧
(٤) شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٦٥ ، ٣٦٩

للجانى. ولكن أبا يوسف يرى القطع فى حالة الإقرار[١] ولا قطع كذلك إذا كان السارق ممن أوقف عليهم المال المسروق فإن لم يكن منهم قطع وهذا ما يقتضيه تعريف السرقة وتعريف المال الموقوف فى المذهب فهم يعرفون السرقة بأنها أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عمن هو مقصد للحفظ ما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة[٢] ويعرفون الوقف بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة[٣] سواء سرق العين الموقوفة أو منفعتها فهو يسرق ملك الغير ولا شبهة له فى سرقته ما دام غير مستحق فيه فيقطع بالسرقة ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال إذا كان يملكه، ولو كان للمجنى عليه حق الانتفاع به فالمؤجر الذى يأخذ المال المؤجر من المستأجر والمعير الذى يأخذ المال المعار من المستعير والمدين الذى يأخذ المال المرهون من الدائن المرتهن أو الأمين على الرهن والغاصب الذى يأخذ ماله المغصوب من الغاصب وصاحب المال الذى يأخذ ماله المسروق من السارق كل هؤلاء لا يعتبر سارقاً ولو أخذ المال خفية لأنه أخذ ما يملكه[٤].

ولا يقطع السارق إذا كان له شبهة الملك فى الشىء المسروق وإنما عليه التعزير فقط كسرقة الوالد من ولده لأن للوالد فى مال ولده تأويل الملك أو شبهة الملك لقول النبى صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك»[٥] ولا يقطع السارق عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة إذا سرق مالا مشتركاً مع المجنى عليه لأن السارق يملك المسروق على الشيوع مع المجنى عليه فيكون هذا شبهة تدرأ القطع.

---

(١) بدائع الصنائع ص ٨٣ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٩ – حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ (٣) حاشية ابن عابدين ص ٤٩٣

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ – المغنى ج ١٠ ص ٢٥٦ ، ٢٥٩ كشف القناع ص ٨٤ ، ٨٥ الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠

(٥) شرح الزرقانى ج٨ ص ٩٨ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ – المغنى ج١٠ ص ٢٨٤ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٠ – شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥

ويرى مالك قطع الشريك إذا سرق المال المشترك بشرط أن يأخذ نصاباً أكثر من حقه . ويشترط أن يكون مال الشركة محجوباً عنه أى محرزاً عنه ، فإن كان المال المشترك مثلياً فلا قطع إلا أن يسرق نصاباً أكثر من نصف المال كله وإن كان المال المشترك قيمياً قطع إذا كان ما سرقه يبلغ نصابين ولو لم يكن المسروق كل المال المشترك لأن حقه فى المسروق نصاب واحد والنصاب الثانى يستحقه الشريك المسروق منه والقاعدة عند الظاهريين أن من سرق من شىء له فيه نصيب يقطع إذا أخذ زائداً على نصيبه مما يجب فيه القطع فإن سرق أقل فلا قطع عليه إلا أن يكون منع حقه فى ذلك أو احتاج إليه فلم يصل إلى أخذ حقه إلا بما فعل ولا قدر على أخذ حقه خالصاً فلا يقطع لأنه مضطر إلى أخذ ما أخذ إذ لم يقدر على تخليص مقدار حقه[1] . وفى مذهب الشافعى من يرى القطع على من يسرق نصابين من المال المشترك ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى عدم القطع إذا كان المال المشترك قابلا للقسمة ولم يأخذ السارق أكثر من حقه ويعتبرون الأخذ قسمة فاسدة فإن أخذ أكثر من حقه نصاباً قطع وكذلك إذا أخذ نصابين من المال ولم يكن المال قابلا للقسمة وهذا يتفق مع رأى مالك . ورأى القائلين بعدم القطع ليس معناه إعفاء الشريك من المسؤولية الجنائية ، فالمسؤولية قائمة ولكن العقوبة على الفعل التعزير لا القطع لأنهم يعتبرون الشركة شبهة تدرأ القطع .

وسرقة المال العام حكمها حكم المال المشترك عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ، لأن للسارق حقا فى هذا المال ، وقيام هذا الحق يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد أما مالك فيرى قطع السارق من بيت المال أو من مال المغنم ، ويرى ذلك الظاهريون أيضاً بالشروط التى يشترطونها فى المال المشترك .

ويرى الشافعية القطع فى سرقة المال العام إذا خصص لطائفة لا يدخل فيها .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٨ ، ٣٢٩ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٨ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٥ — كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٣

كأن خصص للفقراء وليس منهم . فالقطع واجب إذا لم يكن له حق فى المال[١] ، ويرى الحنابلة القطع فى مال المغنم بعد إخراج الخمس ، فإذا سرق قبل إخراجه فلا قطع ، وإذا قسم الخمس ، فإذا سرق من خمس الله تعالى لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع[٢] .

سرقة مال المدين : ويرى مالك أنه لا قطع على من أخذ قدر حقه من مدينه المماطل أو الجاحد . سواء كان ما أخذه من جنس حقه أو من غير جنسه . فإن زاد ما أخذه على قدر حقه نصابا قطع به ، كذلك يقطع إذا لم يكن الدين حالا أو لم يكن المدين مماطلا أو جاحداً[٣] .

ولا يرى الشافعى قطع الدائن إذا أخذ أكثر من حقه نصابا ، والرأى الراجح فى مذهب أحمد كمذهب الشافعى ، أما الرأى المرجوح فيرى قطع الدائن ، لأنه ليس له أن يأخذ قدر دينه . وإذا أخذ الدائن أكثر من حقه . فأصحاب الرأى الأول بعضهم يرى قطعه إذا أخذ نصابا وهو رأى مالك وبعضهم لا يرى قطعه وهو رأى الشافعى ؛ لأن له شبهة فى هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز[٣] .

ويطبق الظاهريون قاعدتهم التى سبق ذكرها عند الكلام على سرقة المال المشترك وفى مذهب الشيعة الزيدية ثلاثة آراء : أولها قطع من يسرق مال المدين ما دام أنه سرق من جنس حقه وكان المسروق مساويا للدين فى العدد والجنس . كأن سرق عشرة دراهم والمسروق منه مدين بعشرة دراهم ، فإن كان الدين حالا فلا قطع ، لأن الأخذ مباح له ، لأنه ظفر بجنس حقه ، ومن له الحق إذا ظفر بجنس حقه يباح له أخذه ، فإذا أخذه صار مستوفياً لحقه . وكذلك الحكم لو أخذ أكثر من حقه ، لأن بعض المأخوذ حقه على الشيوع ولا قطع فيه فلا

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٨ ـ شرح الازهار ص ٣٦٩

(٣) شرح الزرقانى ج ٢ ص ٩٨ (٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٨

يقطع فى غيره كما هو الحال فى المال المشترك .

أما إذا كان الدين مؤجلا فالقياس أن يقطع ،ولـكنهم يرون استحساناً أن لايقطع ، لأن حق الأخذ ليس سببه حلول الأجل . و إنما سبب ثبوته هو قيام الدين فى ذمة المسروق منه . ووجود الأصل لا أثر له على قيام الدين و إنما أثره فى تأخير المطالبة بالدين،فقيام سبب ثبوت الدين يورث شبهة والشبهة تمنع من القطع.

وأن سرق خلاف جنس حقه بأن كان عليه دراهم فسرق دنانير أو عروضاً قطع ، لأنه لايملـكه بنفس الأخذ ،بل بالاستبدال والبيع ،فـكان سارقا ملك غيره ، لـكنه إذا دفع التهمة بأنه أخذه استيفاء لحقه فلا يرى البعض قطعه لأنه يعتبر متأولا إذ اعتبر المعنى ، وهو المالية لا الصورة ،والأموال كلها فى معنى المالية متجانسة ، و إذا كان الأخذ عن تأو يل لايقطع[١] .

وعن أبى يوسف أنه لايقطع إذا أخذ خلاف جنس حقه ، لأن بعض العلماء فى المذاهب الأخرى يجيزون أن ظفر بغير جنس حقه أن يأخذه استيفاء لحقه . ولـكن المذهب على خلاف رأى أبى يوسف .

وإذا سرق الجانى من مدين أبيه أو من مدين ولده قطع ما لم يقم دليلا على أنه وكيل عنه أو وصى عليه .

و يشترط أبو حنيفة أن يكون للمسروق منه يد صحيحة على الشىء المسروق ، يد الملك ، أو يد الأمانة ، كالمودع أو يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم الشراء ، لأن منفعة يد الغاصب عائدة للمالك ، و لمغصوب مضمون عليه ، وضمان الغصب عند أبى حنيفة ضمان ملك ، فأشبهت يد الغاصب يد المشترى كذلك فإن المقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض ، و يرتب أبو حنيفة على هذا الشرط ألا قطع على السارق من سارق، لأن يد الأخير ليست صحيحة فلا هى يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، ولـكن إذا درىء القطع عن السارق الأول قطع الثانى ، لأن درء الحد عن السارق الأول يجعله ضامناً للمسروق ، ويد الضمان

---

(١) بدائع الصنائع ص ٧١ ، ٧٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٣٦

يد صحيحة ، ويجعل أبو حنيفة السارق ضامناً إذا درىء عنه القطع ولا يجعله ضامنا إذا قطع ، لأن القاعدة عنده أن القطع والضمان لا يجتمعان[1] .

ولا يشترط مالك شروطاً خاصة في المسروق منه ، وكل مايشترطه مالك أن يكون المسروق ملك الغير ، سواء سرق من يد المالك أو من يد غيره مطلقا ، لأن السارق يسرق ملك غيره في كل حال ، ويترتب على هذا أن مالكا يقطع السارق من السارق ، والسارق من الغاصب ، والسارق ممن يقوم مقام المالك كالمودع والمرتهن والمستأجر[2] والقاعدة عند مالك أن من سرق مالا للغير من حرز لاشبهة فيه قطع .

ويرى أحمد أن يكون المسروق منه هو المالك أو من يقوم مقامه ، فإذا أخذه من غيرهما فهو أشبه بما لو أخذ مالا ضائعاً . والفرق بينه وبين السارق أن السارق يزيل يد المالك أو نائبه عن الشيء ويأخذه من حرزه ، ويرتب أحمد على هذا أن السارق من المالك أو نائبه يقطع إذا توفرت كل شروط القطع . أما السارق من السارق أو الغاصب فلا قطع عليه ولو كان المال محرزاً[3] .

أما الشافعى ففى مذهبه رأيان : أحدهما كرأى مالك ، والثانى كرأى أحمد، ويعللون الرأى الأول، بأن السارق يقطع ، لأنه سرق مالا لاشبهة له فيه من حرز مثله ، ويعللون الرأى الثانى ، بأن السرقة من حرز لم يرضه المالك ، وأن المحرز ليس هو المالك ولا نائبه[4] .

وأما الشيعة الزيدية فرأيها يتفق مع مذهب الشافعى ، فلا قطع عند بعضهم على السارق من السارق ولا الغاصب ، وبعضهم يرى القطع[5] .

وعند الظاهرية أن السرقة هى الاختفاء بأخذ الشيء ليس له ، وأن السارق

---

(١) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٨٠ (٢) شرح الزرقانى ص ٩٦ .
(٣) المغنى جـ ١٠ ص٢٥٧
(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٩٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨
(٥) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٣٦٩

هو المختفى بأخذ ما ليس له ، ويترتب على هذا التعريف أن يقطع السارق كلما أخذ ماليس له ، ولو كان أخذه من سارق أو غاصب [(١)] .

ويترتب على الأحكام السابقة أنه إذا سرق سارق من آخر فدرىء القطع عن الأول كان القطع على الثانى ، لأن يده تصبح يد ضمان فى رأى أبى حنيفة وإذا قطع السارق الأول فى مال ، فسرقه منه آخر فلا قطع على الآخر ، لأن يد المسروق منه ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان ، إذ هو بالقطع لا يضمن المسروق ، وعند أحمد لا قطع على السارق الثانى سواء قطع الأول أو درىء عنه القطع ، لأن السرقة ليست من المالك أو من يقوم مقامه . وعند مالك يقطع السارق الثانى سواء قطع الأول أم لم يقطع ، لأنه سرق مالا للغير لا شبهة له فيه من حرزه ولو توالت السرقات وتعدد السراق [(٢)] . وكذلك الحكم عند الظاهرية ، أما عند الشافعى والشيعة الزيدية ، فبعضهم يرى القطع على السارق الثانى وبعضهم لا يراه ، لأن منهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى مالك ، ومنهم من يأخذ برأى يتفق مع رأى أحمد كما ورد ذلك فى المراجع السابقة .

وإذا سرق السارق مالا فقطع فيه ورد المال لصاحبه فعاد نفس السارق وسرق نفس الشىء قطع أيضاً بالسرقة الثانية لهذا المال فى رأى مالك والشافعى وأحمد والظاهريين ، لأن القطع عقوبة تتعلق بفعل السرقة ، فتكرر العقوبة كلما تكرر الفعل ولا عبرة بالعين التى يقع عليها الفعل ، ويستوى عندهم أن تكون العين قد بقيت على حالتها التى كانت عليها وقت السرقة الأولى ، أم تكون قد تغيرت [(٣)] .

ويفرق الحنفيون بين ما إذا كان الشىء قد بقى على حاله أم تغير ، فإن كان الشىء باقيا على حاله فالقياس هو القطع . إلا أن بعض الفقهاء فى المذهب لا يرون

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٢٧ (٢) المدونة ج ١٦ ص ٦٩

(٣) المدونة ج١٦ ص٦٩ ــ أسنى المطالب ج٤ ص ١٤١ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٥

القطع استحسانا ، لأن عصمة المال تسقط بالسرقة الأولى ، فإذا عادت العصمة بالرد فإنها تعود مع شبهة العدم ، لأن السقوط لضرورة وجوب القطع ، وأثر القطع قائم بعد الرد فيورث شبهة في العصمة . أما إذا كان المال قد تغير . فالقاعدة في المذهب الحنفي أنه إذا كان المال قد تغير وأصبح في حكم عين أخرى ففيها القطع ، فإذا سرق غزلا فرده للمالك فنسجه ثوبا فعاد وسرق الثوب قطع به ، ولو سرق بقرة فقطع فيها ثم ردت لمالكها فولدت عجلا فسرق العجل يقطع به لأنه سرق عيناً أخرى [1] .

وفي مذهب الشيعة الزيدية رأيان : أولهما يرى أن من عاد إلى سرقة ماقد قطع فيه لم يقطع ، ورأى يرى أنه يقطع ، وحجة من لا يرى القطع ، أن القطع الأول يصبح شبهة [2] .

ولاقطع في مذهب أبي حنيفة على من ضمن المسروق قبل إخراجه من الحرز ، لأن وجوب الضمان يؤدي إلى ملك المضمون من وقت وجود سبب الضمان . فكأنه ملكه قبل إخراجه من الحرز ، واختلفوا فيمن سرق ثوبا فشقه قبل الخروج به من الحرز أو ذبح شاة ثم أخرجها من الحرز مذبوحة ، فقال أبو يوسف بعدم قطع السارق ، لأنه شق الثوب وذبح الشاة في الحرز يؤخذ منه سبب الضمان في الحرز . ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت وجود السبب ، وذلك يمنع القطع ، ويرى أبو حنيفة ومحمد قطع سارق الثوب ، لأن السرقة تمت والثوب على ملك المجني عليه إذ الملك لايزول عنه إلا باختيار الضمان ، فقبل الاختيار كان الثوب على ملكه وعلى هذا فيقطع ، وكذا الأمر في الشاة ، إلا أنه لما أخرج الشاة من الحرز كانت لحما ولاقطع في اللحم ، أما لو أتلف الثوب إتلافا يستهلكه فلا قطع عليه وإن كانت قيمة الثوب بعد إخراجه نصاباً ، لأن التخريق أو الشق المستهلك يوجب استقرار الضمان من وقت الفعل ، وهذا

(١) بدائع الصنائع ص ٧٢ ، ٧٣

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٣

بدوره يوجب ملك المضمون [١] .

ويرى مالك والشافعى أن العبرة بقيمة المسروق خارج الحرز ، فإن بلغ نصاباً قطع السارق ، وإن لم يبلغ نصابا فلا قطع ، فمن ذبح شاة أو أفسد طعاما أو شق ثوباً يقطع إذا بلغت قيمة ما خرج به من الحرز نصابا [٢] .

والظاهريون يرون قطع السارق إذا أخذ خفية نصابا ، وهم لا يعترفون بالحرز ولا يشترطونه ومذهب الشيعة الزيدية فى هذه المسألة كمذهب الحنفية [٣]

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن ما يستهلكه السارق داخل الحرز أو يتلفه لا يعتبر سرقة ، وإنما يعتبر إتلافا عقوبته التعزير ، ولكن مذهب الظاهريين يقتضى أن ما يستهلك داخل الحرز يعتبر سرقة مادام قد أخذ على وجه الخفية [٤] ومن ثم لا تضاف قيمة المستهلك داخل الحرز أو المتلف إلى قيمة ما أخرج من الحرز لتكملة النصاب ، فلو أكل السارق داخل الحرز من الطعام ما يساوى نصف نصاب ثم خرج ومعه من نفس الطعام نصف نصاب، فإنه لا يقطع ، لأن ما خرج به من الحرز لم يبلغ نصابا كاملا ، ولكنه يقطع عند الظاهريين لأنه أخذ نصابا كاملا .

وإذا ادعى السارق ملكية المسروق ، فيرى مالك أن ادعاء ملكية المسروق فى ذاته ليس له قيمة ولا يدرأ عنه العقوبة . . إلا إذا أثبت صحة ما يدعيه ، فإذا لم يكن دليل حلف المجنى عليه أن المتاع المسروق له وليس للسارق . فإن نكل حلف السارق ودفع إليه المتاع ولم تقطع يده [٥] .

ويرى أبو حنيفة أنه إذا ادعى السارق ملكية المسروق درىء عنه القطع

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٧٠ ، ٧١
(٢) شرح الزرقانى جـ٨ ص٩٩ـ أسنى المطالب جـ٤ ص ١٣٨ ـ المغنى ج ١٠ ص٢٦١
(٣) شرح الازهار جـ ٤ ص ٣٦٤ ، ٣٧٥
(٤) هكذا وجدق الأصل ، والظاهر أنها زيادة استغنى عنها بدليل السياق الذى بعدها .
(٥) المدونة جـ ١٦ ص ٧٤

لمجرد الادعاء دون حاجة لأن يقيم دليلا على صحه أدعائه ، وتكون العقوبة التعزير ، لأن المسروق منه قد صار خصما له فى ملكية الشىء المسروق ، فإن أدعى عليه مالو أقر به لزمه ويتمكن من إثباته عليه بالبينة ، وإن طلب يمينه كان له أن يستحلفه عليه ، وبعد ما آل الأمر إلى الخصومة لا يستوفى الحد ، لأن المسروق منه إذا وجه اليمين للمتهم على ملكية الشىء فامتنع عن حلفها قضى عليه بالنكول ، وإن ردها على المسروق منه لحلفها قضى عليه باليمين ، فالقول بالقطع عند الادعاء بملكية المسروق يؤدى إلى استيفاء الحد باليمين والنكول[١]

ويرى الشافعى أن أدعاء السارق بملكية المسروق أو ملكية الحرز ، أو أنه أخذه من الحرز بإذنه أو أنه أخذه والحرز مفتوح ، أو صاحبه معرض عن الملاحظة أو أنه دون النصاب سقط عنه القطع بمجرد دعواه وإن ثبتت السرقة بالبينة لاحتمال صدقه فصار شبهة دارئة للقطع ، لأنه صار خصما ، ولا يستفصل بعد ثبوت السرقة عن كون المسروق ملكه ، وإن كان فيه سعى فى سقوط الحد عنه لأنه إغراء له بادعاء الباطل ، ولكن مجرد أدعائه لا يثبت له المال وإن درأ عنه القطع إلا ببينة أو يمين مردودة ، فإن نكل عن اليمين المردودة لم يجب القطع لسقوطه بالشبهة[٢] .

وفى مذهب أحمد ثلاثة آراء : الرأى الأول كرأى مالك . والثانى كرأى الشافعى وهو الراجح فى المذهب ، والرأى الثالث : إن كان معروفا بالسرقة لم يسقط عنه القطع ، وإن لم يكن معروفا بها سقط عنه القطع[٣] ومذهب الشيعة الزيدية أن الادعاء بالملكية يسقط القطع دون حاجة لإقامة الدليل على صحة هذا الادعاء[٤] .

ويلاحظ أن سقوط القطع ليس معناه إعفاء الجانى من المسئولية الجنائية بل يبقى مسئولا عن جريمته ويعاقب عليها بعقوبة التعزير بدلا من عقوبة القطع

(١) بدائع الصنائع (٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٩
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٠١ (٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

ويشترط اتفاقاً فى المـال المسروق أن يكون معصوماً فإذا لم يكن معصوماً كان مباحاً ولا يعتبر أخذه سرقة كمال الحربى غير المستأمن ومال الباغى، فإنه غير معصوم، ولا قطع فى أخذه خفية.

على أن مال العادل إذا أخذه الباغى لايقطع به كذلك لايقطع الحربى بسرقة مال المسلم والذمى. ويرى أبو حنيفة استحساناً ألا قطع فى سرقة مال الحربى المستأمن وإن كان القياس أن يقطع لأنه سرق مالا معصوما، إذ الحربى يستفيد العصمة بالأمان، ووجه الاستحسان أن هذا مال فيه شبهة الإباحة، لأن الحربى المستأمن من أهل دار الحرب «أى منتم إلى دولة محاربة» وإنما دخل دار الإسلام ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة فى ماله، لأنه كان فى الأصل مباح المال وإنما ثبتت العصمة لنفسه وماله بأمان عارض هو على شرف الزوال. فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن على الأصل المعهود، وكل عارض على أصل إذا زال يلحق بالعدم كأن لم يكن، فتصبح العصمة كأن لم تكن ثابتة من قبل، بخلاف الحال مع الذمى لأنه من أهل دار الإسلام. وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد، فكان معصوم الدم والمال عصمة مؤبدة مطلقة ليس فيها شبهة الإباحة. ويرتب أبو حنيفة على رأيه هذا ألا قطع على الحربى المستأمن إذا سرق مال المسلم أو الذمى، لأنه أخذه على اعتقاد الإباحة، ولأنه لم يلتزم أحكام دار الإسلام، ولكن أبا يوسف يخالفه فى هذه ويرى قطع الحربى المستأمن إذا سرق مال مسلم أو غير مسلم. وفى مذهب أبى حنيفة لايقطع العادل فى سرقة مال الباغى، لأن ماله ليس بمعصوم فى حقه كنفسه، ولا الباغى فى سرقة مال العادل، لأنه أخذه عن تأويل، وتأويله وإن كان فاسداً لكن التأويل الفاسد عند انضمام إليه يلحق بالتأويل الصحيح فى منع وجوب القطع[١].

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧١ .

ويرى مالك قطع المستأمن إذا سرق مسلما أو غير مسلم ، كما يرى قطع المسلم والذمى فى سرقة مال المستأمن[١] .

وفى مذهب الشافعى أقوال فى سرقة المعاهد والمستأمن والسرقة منهما . أحسن هذه الأقوال أنه يقطع إذا اشترط فى العهد أو الأمان قطعه بسرقة ، لأنه فى هذه الحالة يكون ملتزماً للأحكام . فإذا لم يشترط ذلك فلا يقطع لانتفاء التزامه ويكون حكمه حكم الحربى ولا يقطع أيضا مسلم أو ذمى بسرقتهما ماله إلا إذا اشترط قطعه فى السرقة لاستحالة قطعهما بماله دون قطعه بمالهما[٢] على أن البعض يرى ألا يقطع المستأمن والمعاهد بالسرقة ولو اشرط قطعهما بها ، ولا يقطع لهما بسرقة مالهما[٣]

وفى مذهب أحمد رأيان : أرجحهما أن يقطع المستأمن بسرقة المسلم والذمى ، ويقطعان بسرقته لأن القطع حد يجب عليه كحد القذف ، وإذا كان القطع واجباً لصيانة الأموال فإن حد القذف واجب لصيانة الأعراض ، فإذا وجب أحدهما فى حق المستأمن وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب ، لأنه يجب بالزنا قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواه ، وهذا رد على أصحاب الرأى الثانى الذين يقولون ، إن المستأمن لايقطع بالسرقة ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه حد كحد الزنا[٤] .

سرقة الكفن : يرى أبو حنيفة ألا قطع فى سرقة الأكفان وله فى ذلك حجتان : الأولى ــ أن الكفن مال تافه ، لأن الطباع السليمة تنفر من ذلك .ولأنه لاينتفع به مثل ماينتفع بلباس الحى ، فنى مالية الكفن إذن قصور ، والقصور فوق الشبهة والشبهة تدرأ بالحد ، فالقصور أولى . والثانية ــ أن الكفن ليس مملوكا لأحد

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٧٥ ، ٩١ ــ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٤٠ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .

(٤) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٦ .

فهو ليس ملك الميت ، لأن الميت لاملاك له وهو ليس على ملك الورثة ، لأن تكفين الميت وتجهيزه مقدم على حق الورثة ، وإذن فهو غير مملوك لأحد[١] .

وأما مالك وأحمد والشافعى ومعهم أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فيرون قطع سارق الكفن ، لأنهم لايقرون نظرية التفاهة التى يقول بها أبو حنيفة . وعندهم أن كل مايباع ويشترى فهو مال متقوم يقطع فى سرقته ، وعلى هذا فالكفن مال مسروق من حرز مثله وهو القبر ، وهو على ملك الميت إن كان من ماله ، أو على ملك الورثة على رأى ، والأصل أن الميت لايزول ملكه إلا عمالم يكن فى حاجة إليه أما الكفن فهو فى حاجة إليه فبقى على ملكه ، ولكنهم يشترطون للقطع أن يكون الكفن مشروعاً وأن تبلغ قيمته نصابا ، فإن كان الكفن زائداً عن الحد الشرعى فلاتدخل قيمة الزائد فى احتساب النصاب ، وإنما تحتسب فقط قيمة الجزء المشروع ، فإن قلت عن النصاب فلا قطع ، وكذلك لاقطع فيما يوضع مع الميت فى قبره من الأشياء الثمينة كالمصوغات وغيرها لأن الشارع لايبيح وضع هذه الأشياء من ناحية . ولأن القبر ليس حرزاً لها من ناحية أخرى .

ويشترط الشافعيون أن يكون القبر فى بيت محرز أو فى مقبرة فى عمارة ولو فى جنب البلد ، فإن كان القبر فى بيت غير محرز أو فى مفازة فلا قطع ، ولكن الحنابلة يرون القبر حرزاً ولو بعد عن العمران مادام القبر مطموما الطم الذى جرت به العادة[٢] .

ويرى الظاهريون قطع سارق الكفن ، لأن السارق هو الآخذ شيئاً لم يبح الله تعالى أخذه ، فيأخذه ممتلكاً له مستخفياً به ، وتلك صفة النباش فهو سارق[٣] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٩ ، ٧٦ .

(٢) شرح الزرقانى ج٨ ص ١٠١ ــ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٥ ــ المغنى ج ١٠ ص ٢٨٠ ــ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٢

(٣) المحلى ج ١١ ص ٧٣٠

كذلك فإن الشيعة الزيدية ترى القطع فى سرقة الكفن[1] .

والقائلون من الفقهاء بقطع سارق الكفن يتفق مع رأيهم ما أخذت به المحاكم المصرية والفرنسية ، إذ تعتبر الأشياء الموضوعة فى القبر من كفن وغيره على ملك الورثة أو واضعها ، على أن هناك من يرى رأى أبى حنيفة ، ويعتبر الأكفان من قبيل المتروكات التى لاعقاب على أخذها ، أو يرى أن هذه الأشياء لامالك لها[2] .

الأشياء المباحة : هى التى لامالك لها أصلا وتكون ملكاً لمن يضع يده عليها ويحتازها كالماء فهو مباح أصلا . ولكنه يصبح مملوكا لمن يحتازه و يضع يده عليه ، وكاللآلىء فى قاع البحار ، وكالطيور والحيوانات البرية ، وكالأسماك فهذه كلها مباحة أصلا ، إذ لا مالك لها ولكنها تصبح مملوكة لمن يحتازها .

والاستيلاء على الأشياء المباحة لايعتبر فى الشريعة سرقة لأنها مال لا مالك له ولأن شروط الأخذ خفية لاتتوفر فيها ، فهى لاتؤخذ من حرز ولا تخرج من حيازة شخص إلى حيازة الجانى .

الأشياء المتروكة : هى الأشياء التى كانت مملوكة للغير ثم تخلى عنها مالكها . كالملابس المستهلكة وبقايا الطعام ، وكناسة المنازل .

وحكم الأشياء المتروكة هو حكم الأشياء المباحة ، لأن الأشياء المتروكة تصبح بتركها ولا مالك لها . وملك الشىء للغير واجب لاعتبار السرقة .

٦١٥ ـ اللقطة: وهى مايلتقط من مال ضائع ، أو مال متروك على ملك تاركه ، أو مال

---

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧١ .

(٢) أحمد بك أمين ص ٣٦١ ـ شرح قانون العقوبات ـ القللى ص ٤٥ .

ضال[1] أو هى ماوجد من حق ضائع محترم لايعرف الواحد مستحقه[2] أو هى المال الساقط أو الحيوان الضال لايعرف مالكه[3] ويقابل تعبير اللقطة فى الشريعة مانسميه اصطلاحاً بالأموال الفاقدة أو الضائعة .

ولا يعتبر أخذ اللقطة فى الشريعة سرقة ، حتى ولو أخذها الملتقط بنية تملكها وإنما يعتبر الملتقط مرتكبا لجريمة أخرى هى كتمان اللقطة أو كتمان الضالة ، ولهذه الجريمة عقوبة أخرى تختلف عن عقوبة السرقة ، فعقوبة السرقة القطع ، وعقوبة كتمان اللقطة أو الضالة التعزير وغرامته مثيلها على رأى .

ولم تلحق الشريعة كتمان اللقطة بالسرقة ، ولو أن المال الملتقط له مالك ؛ لأن هناك فرقاً كبيراً بين الالتقاط والسرقة . فالملتقط يعثر على المال مصادفة ولا ينتوى التقاطه إلا بعد العثور عليه ، أما السارق فيقصد السرقة غالباً قبل الأخذ خفية وقبل أن يعثر على المال المسروق . والملتقط يعثر على المال وهو غير محرز ، أما السارق فيسرق غالباً من حرز ، والسارق يأخذ المسروق خفية ، أما الملتقط فلا يختفى بأخذ اللقطة وليس ثمة مايدعو للخفية ، بل إن بعض الفقهاء يرى الالتقاط واجباً لأنه يؤدى لحفظ المال ، وإن كان بعض الفقهاء يقول بكراهيته ، فأنما يقول به لما يخاف من تقصير الملتقط فيما يجب عليه من تعريف اللقطة ، والالتقاط فى ذاته لاتحرمه الشريعة وإنما المحرم هو كتمان اللقطة . ولكن السرقة محرمة لذاتها . . . كذلك الإبل فإنها لاتلتقط باتفاق .

ولهذه الفروق الظاهرة ، فرقت الشريعة بين السرقة والالتقاط وجعلت كلا منهما جريمة مستقلة ، وبهذا يأخذ كثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى ، ولكن القانون الفرنسى والقانون المصرى يجعلان

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٢١ .
(٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ٤٨٧ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠

الالتقاط فى حكم السرقة و يعاقبـــان عليه بعقوبه السرقة إذا حبس الملتقط الشيء بنية تملــكه .

والأصل فى اللقطة ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة . فإن لم تعرف فاستنفعها ولتــكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه» . وسئل عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها . معها سقاؤها وغذاؤها . ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسئل عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب .

وكتمان اللقطة محرم سواء انتوى الملتقط وقت الالتقاط تملك الشيء وكتمان اللقطة أو لم ينتو ذلك إلا بعد الالتقاط ، لأن العقوبة على الـكتمان وليست على مجرد الالتقاط ، على أن للنية أثرها فى بعض حالات الضمان و إن لم يكن لها أثر على وجوب العقاب .

وللقطة أحكام خاصة فى الشريعة أهمها : أن يعرف الملتقط اللقطة و يعلن عنها لمدة معينة وله بعد ذلك أن يتصرف فى الشيء و يتصدق بثمنه أو ينفقه على نفسه ولو كان غنياً على رأى ، ولصاحب الشيء أن يسترده كلما كان موجوداً ، وله أن لم يكن موجودا الرجوع بثمنه على الملتقط[1] .

الركاز والـكنز : الركاز هو المال المدفون فى الأرض و يسمى الركاز الـكنز أيضاً فى اصطلاح بعض الفقهاء وأن البعض يسمى ماوجد عليه سيماء الجاهلية ركازاً . وما وجد عليه سيماء الإسلام كنزاً .

والأصل فى الركاز قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «وفى الركاز الخمس» . والمال

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٥ وما بعدها ـ أسنى المطالب ج٢ ص ٢٨٧ وما بعدها المحلى ج ٨ ص ٢٥٧ وما بعدها بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٠٠ وما بعدها ـ كشاف القناع ج ٢ ص ٤٢١ وما بعدها ـ شرح الازهار ج ٤ ص ٥٨

الذى يسمى ركازا هو ما كان من دفن الجاهلية ، ويعتبر ذلك بأن ترى عليه علاماتهم كأسماء ملوكهم وصورهم وصور أصنامهم ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامة الإسلام أو اسم النبي صلى الله عليه وسلم أو اسم أحد من خلفاء المسلمين أو وال من ولاتهم أو آية من قرآن أو نحو ذلك فالمال لقطة وقد عرفنا فيما سبق حكم اللقطة ، إذ المفروض فيه أنه ملك مسلم لم يعلم زواله عنه . وإن كان على بعضه علامة الإسلام وعلى بعضه علامة الكفر فهو لقطة أيضاً .

والركاز الذى فيه الخمس هو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه من الذهب أو الفضة والحديد والنحاس والرصاص والآنية إلى غير ذلك على رأى . وهو الذهب والفضة فقط على رأى آخر ، أما ماعداهما فحكمه حكم المعادن التى توجد فى بطن الأرض ، ويفرق رأى ثالث بين مااختلط بالتراب ويعتبره معدنا ، وبين ماتدل حالته على أنه دفن بفعل آدمى ويعتبره ركازاً .

وهناك خلاف على ملكية الركاز . فالبعض يراه مملوكا لواجده ، والبعض يراه مملوكا لمالك الأرض على تفصيل لامحل لذكره هنا[1] .

وإذا اعتبر الركاز لمالك الأرض فإن أخذه واجده لايعتبر سرقة ، ولو حفر عليه وأخذه ؛ لأن مالكه لايعرف شيئاً عنه فلايعتبر أنه أحرزه ؛ ولأن المال لايمكن أن يؤخذ خفية ، لأن البحث والحفر يقتضى العلانية فهو اختلاس أو غصب وفيه التعزير ، ولا قطع فيه لماسبق ، وحتى لو اعتبر سرقة فإن الخلاف على الملكية يعتبر شبهة تدرأ الحد .

---

(١) مواهب الجليل ج ٢ ص ٣٣٩ ـ شرح ملتقى الأنهر ج ١ ص ٢٠٥ ـ المغنى ج ٢ ص ٦١٢ ـ أسنى المطالب ج ١ ص ٣٨٥ ـ شرح الازهار ج١ ص ٥٦٢ ـ المحلى لابن حزم

الركن الرابع

القصد الجنائى

٦١٦ – لايعتبر الأخذ خفية سرقة . إلا إذا توفر لدى الآخذ القصد الجنائى . و يتوفر القصد الجنائى متى أخذ الجانى الشىء وهو عالم أن أخذه محرم ومادام أنه يأخذه بقصد أن يتملكه لنفسه دون علم المجنى عليه ودون رضاه . فمن يأخذ شيئاً على اعتقاد أنه مباح أو متروك فلا عقاب عليه لانعدام القصد الجنائى ؛ ولأنه أخذ ماظنه مباح الأخذ ، ومن أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطلع عليه أو ليستعمله و يرده أو أخذه على سبيل الدعابة ، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن المجنى عليه موافق على أخذه ، كل أولئك لايعتبر أحدهم سارقا لانعدام القصد الجنائى .

و يجب أن يؤخذ الشىء بنية تملكه ، فمن يأخذ شيئا لغيره و يعدمه فى مكانه لايعد سارقا ، و إنما هو متلف للشىء وكذلك الحكم لو استهلك الشىء فى محله كطعام أكله أو شراب شربه أو طيب تطيب به ، فإن خرج بالشىء من حرزه ثم أتلفه أو استهلكه خارج الحرز فهو سارق لامتلف ، وهذا رأى جمهور الفقهاء . إلا أن الظاهريين يرون استهلاك الشىء فى الحرز سرقة لا إتلافا ، لأنهم لايعتبرون الحرز ؛ ولأنهم يرون السرقة تامة بمجرد وضع يد المتهم على الشىء المسروق وضعاً مادياً .

ومن يأخذ شيئاً مملوكا له لاعقاب عليه ، لأنه لايمكن أن يقال إنه أخذ الشىء بقصد تملكه . إذ هو ملكه ، فلا يعد سارقاً المؤجر الذى يأخذ العين التى

أجرها ، ولا المعير ولا المودع إذا أخذ العين التى أعارها أو أودعها ، ولا يعد سارقاً من يتصرف فى الشىء تصرف الوكيل ولو لم يوكل فى هذا التصرف لأنه لم يأخذه بقصد تملكه . كالشريك الذى يبيع العين المشتركة بغير أن يقصد الاستئثار بنصيب شريكه ، والدائن الذى يأخذ شيئاً لمدينه لا يقصد تملكه . وإنما يقصد حبسه تحت يده حتى يسدد له دينه لا يعتبر سارقاً ، لأنه لم يقصد تملك الشىء . أما إذا أخذه وهو يقصد تملكه سداداً لدينه فحكمه ماتقدم عند الكلام عن أخذ مال المدين .

ومن أخذ شيئاً متنازعاً على ملكيته لا يعد سارقاً متى ثبت أنه المالك له حقا ، فإذا لم تثبت له الملكية فالعبرة بجدية النزاع وبقصد الجانى ، فإن كان النزاع جدياً أو كان قد أخذه وهو يعتقد أنه مالك له . فالقصد الجنائى غير متوفر .

ولا يكفى القصد الجنائى مع الأخذ خفية لعقاب الأخذ ، فهناك حالات تتوفر فيها كل أركان السرقة ومع ذلك فلا يعاقب الآخذ إطلاقا ، أو يعاقب بالتعزير دون القطع . فمن أخذ خفية مال حربى أو مال باغ بقصد تملكه ، فلا يعتبر سارقاً ولا عقوبة عليه ؛ لأن أخذ مال الحربى ومال الباغى مباح ، ومثل ذلك استعمال الحقوق أو أداء الواجبات التى تبيح إتيان الفعل أو توجب إتيانه فحق الدفاع الشرعى يبيح للانسان أن يستولى من مال غيره على ما يدفع به عن نفسه ، فمن أخذ شيئاً للآخر ليدفع به جريمة قتل عن نفسه ، وظل يضرب به حتى تحطم واستهلك فلا عقوبة عليه .

ولا قطع على غير المكلف إذا أخذ خفية شيئاً للغير بقصد تملكه، كالحربى يأخذ مال المسلم أو الذمى، وكالباغى يأخذ مال أحدهما لأنه لا مسئولية على أحدهما.

ولا يقطع المجنون أو المعتوه أو الصغير غير المميز إذا أخذ خفية مالا لغيره بقصد تملكه ، لأن حالة الجنون والعته والصغر مما يرفع العقوبة الجنائية عن

الفاعل ، على أن امتناع القطع فى السرقة قد لا يمنع من عقوبة التعزير كما هو الأمر مع الصبى الذى يزيد سنه على سبع ولم يبلغ خمسة عشر فلا يقطع ، ولكنه يعاقب بعقوبة تأديبية .

ولا عقاب على السرقة فى حالة الإكراه المادى أو الأدبى ، فمن يجبر مادياً على سرقة شىء ، أو يهدد بالقتل إن لم يسرقه لاعقاب عليه إذا سرق تحت تأثير التهديد .

ولا عقاب على مضطر لقوله تعالى ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فمن سرق ليرد جوعاً أو عطشاً مهلكاً لا عقاب عليه .

ويعاقب السارق غير المضطر فى عام المجاعة بعقوبة تعزيرية ،ولكنه لا يقطع بشرط أن لا يجد مايشتريه أو يشترى به ولو لم يضطره الجوع للسرقة .

٦١٧ – عقوبة الشريك إذا كان الشريك الآخر لا يقطع : يرى مالك والشافعى أنه إذا اشترك اثنان فى سرقة ، وكان أحدهما ممن لا يجب عليه القطع كالصغير غير المميز مع البالغ ، أو المجنون مع العاقل البالغ والأب مع الأجنبى . فيقطع البالغ وحده دون الصغير والمجنون ، وحجتهما أن القطع امتنع عن الصغير والمجنون لمعنى يخصه قائم فى نفسه فلا يتعداه لشريكه [1] ويرى أبو حنيفة وزفر أنه إذا اشترك من لا قطع عليه مع من عليه القطع درىء القطع عن الشركاء ، وحجتهما أن السرقة واحدة ، وقد حصلت ممن يجب عليه القطع ممن لا يجب عليه القطع ، فلا يجب القطع على أحد ، كالعامد مع المخطىء اذا اشتركا فى قطع أو قتل ، وإذا كان الإخراج أصل فى السرقة إلا أنه يحصل من الكل معنى لاتحاد الكل فى معنى التعاون ، فكان إخراج من لاقطع عليه مثل إخراج من عليه القطع ضرورة الاتحاد ، ومن ثم وجبت المساواة بينهما فى العقوبة .ويرى أبو يوسف منع القطع عمن يجب عليه القطع إذا كان الذى تولى الإخراج هو الشخص الذى لايجب عليه القطع؛لأن الإخراج من الحرز

(١) شرح الزرقانى ص ٩٥ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

هو الأصل ، والإعانة كالتابع ، فإذا ولى الإخراج من ليس عليه قطع فقد أتى بالأصل ، وإذا لم يجب على من أتى بالأصل قطع ، لم يجب على من أتى بالتابع[١]

وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع رأى الشافعى ومالك ، والثانى كرأى أبى حنيفة[٢] .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب الشافعى ومالك[٣] .

المبحث الثانى

فى أدلة السرقة

تثبت جريمة السرقة بما يأتى :

٦١٨ - أولا : البينة ، أى شهادة الشهود : ويشترط فى شهود السرقة ماسبق بيانه من الشروط التى يجب توفرها فى شهود الزنا على الخلاف والوفاق الذى ذكر بين الفقهاء. وتثبت السرقة بشهادة شاهدين اثنين : فإن قل العدد عن اثنين أو كان أحدهما امرأة أو كان أحدهما شاهد رؤية والآخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهما .

وتقبل شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة شاهد رؤية وشاهدى سماع ، وشهادة شاهد ويمين المدعى بقصد إثبات ملكية المسروق ، فإذا لم يكن غير هذه الشهادات فى جريمة السرقة امتنع الحكم بالقطع؟ واقتصر القاضى على الحكم بتعزير الجانى و إلزامه بضمان قيمة الشىء المسروق[٤] .

و يشترط أبو حنيفة عدم التقادم لقبول الشهادة ولقطع السارق بها والأصل عنده أن التقادم يبطل الشهادة على الحدود الخالصة ، ولكن بطلان الشهادة

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٧ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٦ (٣) شرح الازهار ص ٣٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع ص ٨١ - الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ - المغنى ج ١٠ ص ٢٨٩ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥١ .

بالنسبة للحد لايمنع من ثبوت المال المسروق للمجنى عليه بنفس الشهادة ، ولايمنع من تعزير الجانى بهذه الشهادة وتضمينه قيمة المسروق ، لأن التقادم يمنع من قبول الشهادة على الحدود الخالصة لشبهة الضغينة ، والشبهة تدرأ الحد ، ولكنها لاتمنع وجوب المال .

أما الأئمة الثلاثة فلا يعرفون التقادم . ولا يسلمون به. فتقبل الشهادة عندهم تقادمت أو لم تتقادم ما دام القاضى مقتنعاً بصحتها .

وهناك رواية عن أحمد بأنه يقبل التقادم فى الحدود [1] .

وإذا تعدد السراق ، وكان بعضهم غائباً وبعضهم حاضراً تثبت السرقة عليهم جميعاً بشهادة شاهدين ، ويقطع الحاضر من الجناة ، أما الغائب فلا يقطع بهذه الشهادة . بل يجب أن تعاد البينة فى مواجهته ، أو تثبت عليه الجريمة فى مواجهة بينة أخرى [2] وهو مايراه الأئمة الثلاثة . وعلى القاضى أن يتحقق من عدالة الشهود فى الحدود ولو لم يطعن المتهم فى شهادتهم ، ولكنه غير ملزم بالتحقق من عدالتهم فى غير الحدود . مالم يطعن فى شهادتهم على الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة .

ويشترط أبو حنيفة لقبوله الشهادة على السرقة الموجبة للقطع قيام الخصومة ممن له يد صحيحة على الشىء المسروق . فإذا حضر الشهود ، وقبل المجنى عليه أو من له حق الخصومة وشهدوا بالسرقة . لم تقبل شهادتهم مالم يحضر من له حق المخاصمة أو المجنى عليه ويخاصم ، لأن من شرط السرقة أن يكون الشىء مملوكا لغير السارق ، فلا تظهر السرقة إلا بالخصومة ، فإذا لم توجد الخصومة ، لم تقبل الشهادة ، إلا أن عدم قبول الشهادة لا يمنع من القبض على المتهم وحبسه بناء على تبليغ الشهود بالسرقة إذ التبليغ اتهام ، والقبض والحبس لايجوز أن يتوجه

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ١٨٧ ـ راجع الجزء الأول من التشريع الجنائى الإسلامى ـ بدائع الصنائع ص ٨١ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٨ .

بالاتهام ، فإذا حضر المجنى عليه أو غيره ممن له حق الخصومة ، وادعى ملكية المسروق قبلت الشهادة[١] .

والمقصود من قبول الشهادة ، هو عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بها كدليل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل المخاصمة من سماع أقوالهم وتدوينها كبلاغ وحبس المتهم بموجبها ، وإنما الممنوع هو الحكم بها[٢] .

ولكن مالكاً لا يرى المخاصمة ضرورية لقبول الشهادة والحكم بها ، فإذا حضر الشهود وبلغوا بالسرقة سمعت شهادتهم وأقيمت الدعوى على المتهم ولو لم يحضر المجنى عليه ، ولو كان المتاع لغائب أو مجهول . ويقطع السارق بشهادة الشاهدين ؛ لأن الحد متعلق بحق الله تعالى ، وقد ارتكب المتهم الجريمة ، فوجبت عليه عقوبتها[٣] بل لو كذب المجنى عليه الشهود بالسرقة فلا يمنع هذا من القطع ما دامت السرقة ثابتة[٤] .

ويرى الشافعى أنه إذا تقدم الشهود . فشهدوا بسرقة مال شخص غائب أو حاضر لم يبلغ قبلت شهادتهم حسبة تغليباً لحق الله تعالى ، ولكن لا يقطع السارق بهذه الشهادة حتى يطالب المالك بالشىء المسروق . أو يطالبه عنه وليه أو وصيه ، فإذا ادعى ، اعتبرت الشهادة مرة ثانية بعد ادعائه لإثبات أن المال المسروق له ؛ لأن شهادة الحسبة لا تقبل فى المال ، أما وجوب القطع عليه ، فقد ثبت بثبوت السرقة التى ثبتت بشهادة الحسبة وإن كان القطع متوقفاً على المخاصمة ؛ لأن عدم المخاصمة تفيد وجود مسقط للقطع فانتظار المخاصمة هو انتظار ظهور مسقط ، فإذا خاصم تبين أن لا مسقط .[٥] ورأى الشافعى لا يختلف من الناحية العملية عن رأى أبى حنيفة .

وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما يتفق مع مذهب أبى حنيفة وهو الراجح

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨١ (٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٢٥٢ .
(٣) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٦ ـ المدونة جـ ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ .
(٤) المدونة جـ ١٦ ص ٦٨ ـ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٩٧ .
(٥) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ .

والثانى يتفق مع مذهب مالك ، وهو المرجوح[١] وأصحاب الرأى الأول يحتاطون فيرون حبس السارق وأخذ المال المسروق وحفظه حتى يحضر الغائب أو وكيله ويلاحظ أن المخاصمة مقيدة بالسرقة الموجبة للقطع ، فإن كانت السرقة مما يعزر فيه فلا تشترط الخصومة لظهور السرقة ، وليس من الضرورى سماع أقوال المجنى عليه أو من يمثله إلا فيما يتعلق بتضمين السارق قيمة المسروق ويكفى أن يثبت السرقة بأى طريق آخر غير طريق المجنى عليه . والتشدد فى السرقة الموجبة للقطع راجع إلى الأصل المشهور « ادرأوا الحدود بالشبهات » فمن اشترط حضور المجنى عليه اتخذ من عدم حضوره شبهة أن يكون المال غير مسروق أو أن للمتهم حقاً فيه ، أو أنه سرق من غير حرز ، أو أن المتهم أذن له فى دخول الحرز وغير ذلك من الشبهات التى تدرأ القطع

من يملك الخصومة : وإذا كان بعض الفقهاء يرى الخصومة شرطا لظهور السرقة المستوجبة للقطع فلا بد من بيان من يملك الخصومة ، والأصل عند أبى حنيفة أن كل من له يد صحيحة على الشىء المسروق يملك حق الخصومة ، وتكون اليد صحيحة كلما كانت يد ملك أو أمانة أو ضمان ، فللمالك أن يخاصم السارق ، وللمودع وللمستعير والمضارب والغاصب والقابض على سوم الشراء والمرتهن ؛ لأن يد هؤلاء ، إما يد ضمان أو يد أمانة ، فلهم جميعاً أن يخاصموا السارق ، وتعتبر خصومتهم فى حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولا ، وفى حق القطع إذ يقطع السارق بخصومتهم ثانيا . ولكن زفر لا يعتبر الخصومة فى حق القطع إلا من المالك فقط وهو مذهب الشافعى ، حيث يشترط مخاصمة المالك أو وكيله ، ولا يجيز مخاصمة واضع اليد كالمرتهن والمستأجر أما مالك فلا يشترط المخاصمة والمطالبة للقطع ، وفى مذهب أحمد رأيان : رأى كمذهب مالك ، والثانى كمذهب الشافعى يشترط مخاصمة المالك دون غيره[٢] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ـ المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٧ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ .

والسارق عند أبى حنيفة لا يملك الخصومة إذا سرق الشىء منه ؛ لأن يده ليست صحيحة على الشىء المسروق . فلا هى يد ملك ؛ ولا يد أمانة ، ولا ضمان فصار الأخذ من يده كالأخذ من الطريق ، وليس للمالك ولاية الخصومة فى هذه الحالة ، لأن الأخذ لم يخرج المال من حيازته ولكن له حق استرداد الشىء المسروق . وإذا كان السارق لا يملك الخصومة فإنه يترتب على ذلك سقوط القطع فى حق السارق الثانى .

أما حق الاسترداد فقد اختلف فيه الفقهاء فى المذهب . فيرى البعض أن السارق الأول ليس له أن يطالب السارق الثانى برد المسروق ويرى البعض أن له حق المطالبة بالاسترداد [1] ومالك لا يشترط الخصومة ، ويرى قطع السارق من السارق ؛ لأنه سرق مالا للغير من حرز لا شبهة له فيه [2] ولكنه لا يجعل للسارق الأول حق استرداد المسروق . إنما الاسترداد للمالك .

وأحمد يشترط الخصومة. ولكنه لا يقطع السارق من السارق ، ولا السارق من الغاصب ولا يجعل حق استرداد المسروق إلا للمالك [3]

وفى مذهب الشافعى رأيان فى قطع السارق من السارق . أحدهما كرأى مالك والثانى كرأى أحمد [4] وحق الاسترداد لا يكون فى أى حال إلا للمالك

٦١٩ - ثانياً الإقرار : تثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة لأن التقادم عند القائلين به لا يؤثر على الإقرار . إذ الإنسان غير متهم فيما يقر به على نفسه .

والظاهريون يرون أن يكون الإقرار مرة واحدة ولا يتعدد .

وقد اختلف فى عدد الأقارير . فاكتفى مالك وأبو حنيفة والشافعى بإقرار واحد ، ويرى أبو يوسف من فقهاء الحنفية مع أحمد والشيعة الزيدية أن يكون

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٦ (٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٥٧ ، ٢٧٩

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٨ .

الإقرار مرتين ، وحجتهم ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين أو ثلاثاً ، ويترتب على اشتراط الإقرار مرتين عند القائلين، إنه لو أقر مرة واحدة لم يقطع بها . ولكنه يعزر بها ويحكم عليه بقيمة المسروق [1] .

واختلف فى اشتراط الخصومة مع الإقرار ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يشترطون المخاصمة مع الإقرار ، فلا يقطع المقر بسرقة مال من مجهول أو من غائب إلا إذا خاصمه من يملك المخاصمة كما هو الحال فى حالة الثبوت بالبينة ولكن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفى لا يشترط المخاصمة فى حال الإقرار ويرى القطع فى السرقة من مجهول أو غائب إذا ثبتت السرقة دون حاجة للمخاصمة وحجته فى ذلك . أن المقر لا يتهم فى الإقرار على نفسه ، ويحتج أبو حنيفة ومن على رأيه بأن سمرة لما أقر للرسول أنه سرق بعيراً ، أرسل الرسول يسأل المجنى عليهم فقالوا : فقدنا بعيراً فى ليلة كذا . فقطعه .

ويحتج لذلك أيضاً ، بأن الظاهر أن من فى يده شىء فهو ملكه : فإن أقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه حتى يصدقه المقر له ، والغائب يجوز أن يصدقه ، ويجوز أن يكذبه ، فاحتمال التكذيب شبهة تدرأ الحد عن المتهم .

وقد علمنا فيما سبق أن مالكاً لا يشترط المخاصمة للقطع سواء ثبتت السرقة ببينة أو إقرار [2] .

وإذا أقر الجانى ورجع عن إقراره لم يقطع ، لأن العدول شبهة فى صحة الإقرار . ولكن يمكن أن يعزر على أساس إقراره ، وأن يحكم عليه بضمان المال المسروق وإذا عدل المتهم عن الإقرار ، وكانت الجريمة ثابتة بشهادة

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٩١ – ٢٩٤ – شرح الازهار ج ٤ ص ٣٦٤ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ – بدائع الصنائع ص ٨١ ، ٨٢ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٠ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٦ – بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٢

الشهود ، قطع الجانى بناء على ثبوت الجريمة بالبينة . وهذا ما يراه أحمد ومالك والظاهريون [١] .

وعند الشافعيين يرون أن الأصح سقوط القطع إذا ثبتت الجريمة أولا بالإقرار ثم ثبتت بالبينة إذا رجع عن الإقرار [٢] .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبى حنيفة يرون أن الإقرار يبطل الشهادة ، وأن العدول عن الإقرار يبطل الحد [٣] .

وليس للعدول عن الإقرار أى أثر عند الظاهريين ، بل يؤخذ الجانى بإقراره ولو عدل عنه ، لأنهم لا يدرأون الحدود بالشبهات ، ويرى بعض الشافعية هذا الرأى على أساس أن السرقة حق متعلق بالأفراد [٤] .

٦٢٠ ـ ثالثا : اليمين : فى مذهب الشافعى رأى أن السرقة تثبت باليمين المردودة ، فإذا ثبتت على هذا الوجه قطع المتهم ، فإذا لم يكن شهود ولا إقرار . فنسب المجنى عليه السرقة للمتهم ، فنكل السارق عن اليمين فحلفها المدعى قطع السارق ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار والبينة وسيلة من وسائل الإثبات ، وكل منهما يقطع به فيقطع باليمين المردودة .

لكن الرأى الراجح فى المذهب ، أن القطع لا يكون إلا بالبينة أو الإقرار ، وأنه لا قطع باليمين المردودة ، وإنما يثبت بها المال المسروق فقط [٥] وهذا الرأى يتفق مع مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد فإنهم لا يرون اليمين المردودة دليلا مثبتا إلا للمال دون غيره ، وأن السارق لا يقطع بها [٦] .

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٨٦ ـ المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ .
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ويراجع مذهب أبى حنيفة فى شرح فتح القدير .
(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ (٤) المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ ـ المهذب ج ٢ ص ٣٦٤
(٥) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .
(٦) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ ـ المغنى ج ١ ص ١٢٨

المبحث الثالث

فيما يترتب على ثبوت السرقة

يترتب على ثبوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق ، ثانيهما : قطع السارق .

٦٢١ – أولا الضمان : يسلم أبو حنيفة وأصحابه أن الجانى إذا ثبتت عليه السرقة ملزم بضمان قيمة الشيء المسروق ، وأنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سارق ، ولكنهم يرون الضمان والقطع لا يجتمعان معاً ، فإذا قطع السارق فلا ضمان عليه حتى ولو استهلك الشيء المسروق بعد القطع ، وحجتهم أن نص القرآن جاء بالقطع فقط ، وأن عبد الرحمن بن عوف روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولهم حجة أخرى منطقية وهى : أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه ، وكأنه أخذ ما يملكه ، فلو قطع مع الضمان لقطع فى ملك نفسه . والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يفرقون بين حالة الاستهلاك قبل القطع وحالة الاستهلاك بعده ويرون أن السارق يضمن المال المسروق إذا استهلكه بعد القطع ، أما إذا استهلكه قبله فلا ضمان . وحجتهم أن المال المسروق حين بقى فى يد السارق بعد القطع بقى تحت يده على سبيل الأمانة ليرده للمجنى عليه ، فإذا استهلكه ضمن قيمته[1] .

ويرى الحنفية عموما . أن للمالك استرداد المسروق بعد القطع ما دام المسروق لم يستهلك . سواء كان المسروق فى يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير ، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ، ولكن ليس له أن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٤ ، ٨٥ .

يرجع عليه بالقيمة ، لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان ، وقد انتهى الضمان عن السارق بالقطع ، أما الرجوع بالثمن فلا يوجب على السارق ضمانا فى عين المسروق وإن كان قد هلك فى يد المتصرف إليه فلا ضمان عليه ولا على السارق ؛ لأن السارق قطع ، والقطع ينفى الضمان ولأن تضمين المتصرف إليه يعطيه حق الرجوع على السارق بالضمان . فتكون النتيجة تضمين السارق ، وقطعه ينفى عنه الضمان ، فإذا كان المتصرف إليه قد استهلك المسروق كان للمجنى عليه أن يرجع بقيمة المسروق على المتصرف إليه ، لأنه قبض ماله بغير إذن واستهلكه وكان للمتصرف إليه أن يرجع على السارق بالثمن، والرجوع بالثمن ليس تضمينا ، وإنما التضمين هو الرجوع بالقيمة ، وإذا غصب المال المسروق شخص من السارق ، كان للمجنى عليه أن يسترد المال من يد الغاصب ، فإذا هلك المال فى يد الغاصب ، كان للمجنى عليه أن يرجع على الغاصب بقيمته على رأى . ولم يكن له على رأى آخر ؛ لأن عصمة المال قد سقطت بالقطع[1] واختلاف فقهاء الحنفية فى حالة تعدد السرقات ، وتعدد المجنى عليهم . والقاعدة أنه إذا تعددت السرقات قبل الحكم ، تداخلت الحدود وأجزأ أحدها . فيقطع السارق مرة واحدة فى كل السرقات ، والخلاف ليس على هذه القاعدة فهى مسلم بها من الجميع . وإنما اختلفوا فى الضمان إذا تعددت السرقات ، ففريق يرى أن المجنى عليهم إذا حضروا جميعاً وخاصموا . فلا ضمان على السارق ، لأن مخاصمة السارق فى المسروق تقوم مقام الإبراء من الضمان ، أما إذا خاصم أحدهم أو بعضهم ولم يخاصم الباقون . فالضمان لمن لم يخاصم ، وهذا هو رأى أبى يوسف ومحمد ، وحجتهما ، أن المجنى عليه مخير بين أن يدعى المال فيستوفى حقه وهو الضمان ، وبين أن يدعى السرقة ، فيستوفى حق الله تعالى فهو القطع ولا ضمان له . فسقوط الضمان أساسه عندهما ، الادعاء بالسرقة . أما الرأى المضاد فهو رأى أبى حنيفة ، ويرى أن لاضمان لأحد من المجنى عليهم ، لأن القطع

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ .

وقع للسرقات كلها . فينتفى الضمان لأيهما[١] .

ويرى الشافعى وأحمد ، أن القطع والضمان يجتمعان دائما ؛ لأن السارق يأتى بما يوجب القطع،ويأتى بما يوجب ضمان قيمة المسروق فى كل سرقة ،فكان الواجب عليه هو القطع والضمان . ذلك أن كل سرقة إنما هى اعتداء على حقين أولهما:حق الله تعالى الذى حرم السرقة أو حق الجماعة التى تضر بالسرقة. والثانى: حق العبد الذى أتلف ماله دون مبرر ، وإذا كانت الجريمة اعتداء على حقين ، فليس ثمة ما يمنع أن تكون الجريمة مضمونة بضمانين . أى أن يكون الجانى مسئولا عن هذين الحقين ، كذلك فإن الجانى ضامن لرد العين كلما كانت باقية تحت يده . فيجب عليه ضمان قيمتها إذا كانت تالفة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » ولا يسلم الشافعية والحنفية بحديث عبد الرحمن بن عوف ، لأن أحد رواته مجهول .

وعلى هذا يجب على السارق رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية فإذا كانت تالفة . فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع ، موسراً كان أو معسراً . وإذا تعدد المجنى عليهم فى السرقة ، فالسارق ضامن لكل منهم قيمة ماسرق منه أو مثله سواء خاصم أو لم يخاصم[٢] .

وإذا تصرف السارق فى العين لغيره . كان للمالك أن يسترد العين من هذا الغير وللأخير الرجوع على السارق بقيمتها

ويرى مالك أن السارق يضمن قيمة المسروق إذا لم يحكم عليه بالقطع أياً كان السبب فى عدم القطع ، كأن كان لعدم تمام النصاب فى المال ، أو فى الشهادة أو لأنه سرق من غير حرز ، أو لأن يده قطعت فى جناية أخرى عمداً أو خطأ أو فى حادث عرضى ، وهو يضمن قيمة المال المسروق ولو كان قد تلف ، وسواء كان التلف باختياره أو بالرغم منه، وسواء كان السارق موسراً أو معسراً.

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٥ ، ٨٦ .
(٢) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٢٧٩ .

أما إذا كانت العين باقية فعليه ردها . أما إذا قطع فى السرقة فعليه رد العين إن كانت موجودة . فإن لم تكن موجودة فعليه قيمتها أو مثلها بشرط أن يكون موسراً وقت السرقة ويظل يسره حتى يقطع . فإن كان معسراً وقت السرقة ثم أيسر بعد ذلك ولو قبل القطع ، فلا ضمان . وكذلك لو كان موسراً وقت السرقة ثم أعسر بعد السرقة وقبل القطع ولو عاد إلى يساره بعد القطع .

وأساس هذه التفصيلات عند مالك . هو ماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم : « إذا أقيم على السارق الحد فلا ضمان عليه » ويفسر مالك هذا الحديث بأنه لايجوز أن يجتمع على السارق عقوبتان ، قطع يده ، واتباع ذمته . ولكن مالكا يرى أن اليسار المتصل كالمال القائم .فإذا ظل السارق فى يساره من وقت السرقة إلى وقت القطع فلا يعتبر أنه عوقب بتضمينه قيمة المسروق الذى تصرف فيه،فدخل ثمنه فى ماله أو استهلكه .انتفع به أم لم ينتفع . ورأى مالك استحسان على غير قياس[1] .وتطبق هذه القواعد فى حالة تعدد السرقات وتعدد المجنى عليهم وللمالك إذا تصرف السارق فى العين لآخر أن يسترد العين من الآخر .

ورأى الشيعة الزيدية يتفق مع مذهب أبى حنيفة . فالسارق إذا قطع لم يضمن[2] .

٦٢٢ — ثانياً ـ القطع . أساس القطع : الأصل فى القطع قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ .

وعقوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجنى عليه ولا من رئيس الدولة ، ولا يجوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها . والأصل فى ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «تجافوا العقوبة بينكم،فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا» كذلك لايجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها وهذه المبادىء

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .
(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٥ .

متفق عليها . ولا يخالف فيها إلا الشيعة الزيدية . حيث يرون أن القطع يسقط عن السارق بعفو المجنى عليه فى السرقة ، فإذا تعدد المجنى عليهم وجب لسقوط القطع أن يعفو كل منهم[1] .

كذلك يرون أن للامام مع وجوب إقامة الحد أن يسقط العقوبة عن بعض الناس لمصلحة . وله أن يؤخر إقامته إلى وقت آخر لمصلحة . على أن بعضهم يرى أن ليس للامام إسقاط حد القذف ولا حد السرقة[2] .

٦٢٣ — محل القطع : اختلف الفقهاء فى محل القطع إلى حد كبير . ولهم فى ذلك آراء مختلفة . وأساس اختلافهم تأويل قوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ واختلافهم فى صحة ما أثر عن الرسول فرأى عطاء : أن السارق إذا سرق قطعت يده فى السرقة الأولى ولا قطع بعد ذلك إن عاد للسرقة . وعلى هذا . فإن جزاء السرقة هو قطع اليد اليمنى فى أول سرقة أما السرقات الأخرى فلا قطع فيها ، وإنما يعاقب السارق عقوبة تعزيرية . وحجة عطاء ، أن الله جل شأنه قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ ولو شاء أمر بقطع الرجل ولو لم يكن الله تعالى نسيا[3] .

ويرى الظاهريون أن القطع واجب فى اليدين معاً . فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانية . فإن سرق الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله ـ أى حبس طويلا حتى يصلح حاله ـ وحجتهم أن القرآن والسنة جاءا بقطع يد السارق لا بقطع رجله ، فلا يجوز أن يقطع من السارق غير يديه[4] ومحل القطع عند أبى حنيفة والشيعة الزيدية وعلى الرأى الأول

---

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٢٤ .

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٧،٤٧ المهذب ج ٢ ص ٢٨٧،٣٠٠ ، ٢٨٩ ، ٢٩٢ ـ الاحكام السلطانية ص ٢٦٥ المدونة ج ١٦ ص ٦٧ ـ المحلى ج ١١ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٥٤ (٤) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ .

ـ وهو الراجح فى مذهب أحمد ـ هو اليد اليمنى والرجل اليسرى ، فتقطع اليد اليمنى فى السرقة الأولى ، فإن عاد للسرقة قطعت الرجل اليسرى ، فإن عاد فلا قطع بعد ذلك . وإنما يحبس إلى مدة غير معينة حتى يموت أو تظهر توبته وحجتهم فى ذلك أولا ، ماروى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق « إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ، ولأن نص القرآن فاقطعوا أيديهما قصد منه اليد اليمنى فقط بدليل قراءة عبد الله بن مسعود « فاقطعوا أيمانهما » ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه . بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . فخرجت قراءته مخرج التفسير؛ ولأن القطع ـ قطع اليدين ـ يفوت منفعة الجنس، وكذلك قطع الرجلين معاً، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشى أو يتطهر أو يدفع عن نفسه ، ولأن عمر وعلياً لم يريا أن يقطعا أكثر من يد ورجل السارق ، فقد أتى على بسارق قطعت يده ورجله فلم يقطعه وقال : إنى لأستحى من الله ألا أدع له يداً يبطش بها ، ولا رجلا يمشى عليها . ولما أشار عليه أصحابه بقطعه قال : إذا قتلته وما عليه القتل ، بأى شىء يأكل الطعام ؟ بأى شىء يتوضأ للصلاة ؟ بأى شىء يغتسل من جنابته ؟ بأى شىء يقوم على حاجته ؟

وروى عن عمر أنه أتى برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فاستودعه السجن بعد أن أشار عليه على بذلك[١] .

ومحل القطع عند مالك والشافعى وعلى الرأى الثانى فى مذهب أحمد هو اليدان والرجلان معاً . فتقطع اليد اليمنى أولا . فإن عاد السارق قطعت رجله اليسرى ، فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسرى. فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمنى فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تظهر توبته . وحجتهم أن الله تعالى قال ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ والأيدى اسم جمع والاثنان فما فوقهما جمع . وإن أبا هريرة روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السارق « السارق إن سرق

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ ، ٢٧٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٦ ـ شرح الازهار ج ٤ ص ٢٧٢ .

فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ولأن أبا بكر وعمر قطعا فى خلافتهما اليدين والرجلين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتدوا بالذين من بعدى . أبى بكر وعمر »[١] .

ويشترط أبو حنيفة لقطع اليد اليمنى أن تكون اليد اليسرى صحيحة . فإن كانت مقطوعة أو شلاء مقطوعة الإبهام أو أصبعين سوى الإبهام فلا تقطع اليمنى لأن القطع للسرقة شرع للزجر لا للاهلاك . فإذا لم تكن اليسرى يمكن الانتفاع بها . فإن قطع اليمنى يؤدى إلى تفويت منفعة اليدين . وهو إهلاك للنفس من وجه ، وإذا كانت اليسرى كذلك فلا تقطع الرجل اليسرى أيضاً . لأن قطعها يؤدى إلى ذهاب أحد الشيئين على الكمال . ففيه إهلاك النفس .

ويرى أبو حنيفة أيضاً ، أنه إذا كانت الرجل اليمنى مقطوعة أو شلاء أو بها عرج يمنع المشى عليها فلا تقطع اليد اليمنى ؛ لأن فى ذلك فوات منفعة الشق وكذلك لا تقطع رجله اليسرى وإن كانت صحيحة ؛ لأنه يبقى بلا رجلين فتفوت منفعة الجنس ـ أى منفعة المشى ـ وإن كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع كلها. فإن كان يستطيع القيام والمشى عليها كلها تقطع يده اليمنى ؛ لأن الجنس لا تفوت منفعته ، وإن كانت يداه صحيحتين ولكن رجله اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع يده اليمنى ، لأن جنس المنفعة لا يفوت وليس فيه فوات الشق ، وإن كانت اليد اليمنى شلاء أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع . فإنها تقطع ؛ لأن اليد السليمة تقطع فالمعيبة إذن أولى بالقطع .

ورأى أبى حنيفة فيما سبق يتفق مع رأى أحمد ، ولكن الأخير يخالف فى أنه يعتبر اليد التى ذهب معظم نفعها فى حكم المعدومة . فلا يعتبر معدومة ماذهب منها خنصر أو بنصر أو إبهام : أما أبو حنيفة فيعتبر فى حكم المعدوم

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٢ ص ٩٢ ، ٩٣ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٢ وما بعدها .

ما قطع منه أصبعان غير الإبهام ، أو قطع منه الإبهام فقط ؛ لأن ذلك فى رأيه يفوت منفعة البطش .

وفى مذهب أحمد رأى لا يرى قطع الشلاء أصلا . والانتقال إلى غيرها . . فإن كانت اليد اليمنى شلاء ، قطعت الرجل اليسرى . ولكن الرأى الأخير يرى قطع الشلاء إذا رأى أى أهل الخبرة أنها لو قطعت رقأ دمها وانحمت عروقها. وفى المذهب رأى يرى ألا تقطع اليد إذا كانت كل أصابعها ذاهبة ، ورأى يرى قطعها[1] .

ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبى حنيفة كما ورد ذلك فى شرح الأزهار .

ويتفق مالك والشافعى كما ذكرنا من قبل فى قطع اليدين والرجلين . ولكن مالكا يرى ألا قطع فى يد ولا قدم مشلولة شللا ظاهراً . وإذا قطع من اليد معظم أصابعها ، كثلاثة أو أربعة أصابع ، اعتبرت عند مالك فى حكم المشلولة وكذلك الرجل .

أما الشافعى فإنه يرى قطع اليد أو الرجل ولو كانت شلاء ، إلا إذا خيف من قطعها ألا يكف الدم ، ويكتفى بقطع اليد ما دام فيها أصبع واحد . بل يرى بعض فقهاء المذهب الاكتفاء بالكف دون الأصابع[2] .

ومن المتفق عليه بين جميع الفقهاء . أن القطع يسقط إذا ذهب العضو المستحق القطع بسبب وقع بعد السرقة لا قبلها ، سواء كان الذهاب بآفة ، أو قصاص ، أو جناية . فمن حصل له حادث بعد السرقة . فذهبت فيه يده اليمنى سقط عنه القطع .. ولم ينتقل للرجل اليسرى . ومن قطع يمنى شخص بعد السرقة فحكم له بالقصاص ، فقطعت يده اليمنى ، سقط عنه القطع للسرقة ولم ينتقل إلى الرجل اليسرى . . أما إذا كانت الجناية التى حكم فيها بالقصاص وقعت قبل

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ـ كشاف القناع ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧
(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٣ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٢ ، ٩٣

السرقة فالقطع ينتقل للرجل اليسرى[(١)] .

وإذا قطع شخص عمداً العضو المستحق القطع سقط القطع ، وليس على العادى إلا التعزير . ويسقط القطع ؛ لأن العضو المستحق ذهب بسبب نشأ بعد السرقة ولا قصاص على العادى ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم ، وإنما يعزر لافتياته على الإمام ولو كان القطع قبل ثبوت السرقة . والحكم بالقطع ما دام الاعتداء حدث بعد السرقة ، وما دامت السرقة قد ثبتت وكانت مما يجب فيه القطع ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد إلا أن بعض المالكية يشترط أن يكون الاعتداء بعد ثبوت السرقة لا بعد وقوعها[(٢)] .

ويفرق الحنفية بين حالتين ، حالة ما إذا كان الاعتداء قبل المخاصمة أو بعدها فإن كان قبل المخاصمة فعلى المعتدى القصاص ؛ لأن القطع لا يجب فى السرقة إلا بالمخاصمة فكان العضو حين قطع غير مستحق القطع . فقطع وهو معصوم . وينتقل القطع فى السرقة إلى الرجل اليسرى إذا كان المقطوع هو اليد اليمنى . كأن سرق ولا يمين له . أما إذا كان الاعتداء بعد الخصومة . فإن كان قبل القضاء فكذلك الجواب . إلا أنا ههنا لا نقطع رجله اليسرى ، لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمين وقد فاتت . فسقط الواجب كما لو ذهب بآفة سماوية ، وإن كان بعد القضاء فلا قصاص على القاطع ، لأنه احتسب لإقامة حد الله تعالى فكان قطعه عن السرقة[(٣)] .

وإذا شهد بالسرقة فحبسه الحاكم لعدل الشهود . فقطعه قاطع . ثم عدلوا فلا قصاص على القاطع عند الأئمة الثلاثة . وإن لم يعدلوا وجب القصاص . ولكن

---

(١) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٣ ــ المغنى جـ ١٠ ص ٢٦٩ ــ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٨ ــ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٨٨ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٨٨ .

الحنفيين لا يرون القصاص ، لأن صدق الشهود محتمل فيكون ذلك شبهة[١] .

وإذا عدا شخص على السارق . فقطع يسراه بعد السرقة عمداً أو خطأ فعليه القصاص فى العمد والدية فى الخطأ ، ولكن قطع اليمين يسقط عن السارق عند أبى حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية « لأنه لو قطع لأدى قطعه إلى تفويت منفعة الجنس ، ولكن مالكا والشافعى لا يسقطان قطع اليمين عن السارق ، لأنهما يجيزان قطع اليدين والرجلين . بينما لا يجيز أبو حنيفة وأحمد إلا قطع يد ورجل فقط[٢] .

وإذا قطع الإمام أو الجلاد اليسرى بدلا من اليمنى خطأ أجزأت ، وليس على القاطع ضمان فى رأى البعض ، وعليه الضمان فى رأى البعض الآخر ، أما إذا قطعها عمداً وهو عالم أن السنة قطع اليمين فعلى القاطع القصاص ، ولا يسقط القطع عن السارق فتقطع يده اليمنى عند مالك والشافعى ، وعليه التعزير عند أبى حنيفة والضمان . وكذلك يرى بعض الحنابلة . ولكن البعض الآخر يرى القصاص . ولكن الحنفيين عموماً والحنابلة يرون أن قطع اليسار يمنع من قطع اليمين ويجزى عنه ، لأن قطع اليمين يفضى إلى تفويت منفعة الجنس . كما يؤدى إلى قطع اليدين فى سرقة واحدة .

ويرى أبو حنيفة ألا ضمان على القاطع فى هذه الحالة ، لأن القاطع أتلف وأخلف خيراً مما أتلف . أى أنه إذا كان فعل القاطع أدى إلى إتلاف اليسرى . فقد أدى إلى إبقاء اليمنى وهى خير من اليسرى[٣] .

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ — حاشية ابن عابدين ص ٢٨٧ — الزيلعى ج ٣ ص ٢٢٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٣ — المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠ — شرح الأزهار ص ٣٧٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٧ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٣ ، ٩٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٣ كشاف القناع ج ٤ ص ٨٨ — المغنى ج ١٠ ص ٢٧٠

٦٢٤ - **موضع القطع** : موضع القطع من اليد هو مفصل الزند عند الأئمة الأربعة والظاهريين والشيعة الزيدية ، وعند الشيعة الإمامية القطع من أصول الأصابع ، فلا تقطع الكف ، ويرى الخوارج القطع من المنكب . . .

وموضع قطع الرجل من مفصل الكعب ، ولكن الشيعة الإمامية يرون القطع من مقعد الشراك ليبقى للسارق عقب يمشي عليه . وحجة الخوارج أن اليد تطلق على الذراع كله . وحجة الشيعة الإمامية أن علياً قطع أصابع اليد دون الكف ، وقطع القدم دون الكعب . وحجة القائلين القطع من مفصل الزند ومفصل الكعب ، أن أقل مايطلق على اليد هو الكف والأصابع . وأن العمل جرى من عهد الرسول على القطع من هذين المفصلين[1] .

٦٢٥ — **التداخل** : إذا سرق السارق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميع السرقات وتداخلت الحدود جميعاً ، لأن السرقة حد من حدود الله تعالى . فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا . والقاعدة ، أن ما تعلق بحق الله تداخل ، وماتعلق به حق لآدمي لم يتداخل[2] ويرى مالك أن التداخل يكون في حالتين : الأولى - إذا اتحد الموجب. أي اتفق قدر ماتوجبه كل جريمة كالقذف والشرب ، فعقوبة كل منهما ثمانون جلدة ، وكالسرقة وقطع اليد اليمنى فالأولى عقوبتها القطع والثانية القصاص . فإذا أقيمت إحدى العقوبتين أو العقوبات التي تتحد في الموجب سقطت العقوبات الأخرى ولو لم يقصد عند إقامة العقوبة التي أقيمت أن تجزىء عن غيرها ، أو لم يكن يعلم أن هناك حدوداً أخرى واجبة على المحدود .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٥٧ - المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ - شرح الازهار ج ٤ص ٢٧٢ شرح الزرقاني ج ٨ ص٩٢، ٩٣ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٨ - أسنى المطالب ج٤ص ١٥٢، ١٥٣ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٨ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، ١٥٧ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٥ شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٨ .

الثانية - إذا تكررت موجبات الجريمة الواحدة كالسرقة مراراً قبل الحد أو الشراب مراراً قبل الحد. ويرى بعض الحنابلة أنه لو سرق جماعة وجاؤوا متفرقين فإن الحدود لاتتداخل. ولعله يقيس ذلك على حد القذف، ولكن الصحيح أنها تتداخل. لأن القطع خالص حق الله تعالى. وإن توقف على مخاصمة المالك. أما حد القذف فحق لآدمي ويتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقطه العفو عنه[1].

٦٢٦ - من الذي يقيم الحد؟ يقيمه الإمام أو من ولاه من الحكام.

٦٢٧ - تعليق اليد بعد قطعها: ويرى الشافعي وأحمد أن تعلق اليد المقطوعة وقتاً ما في عنق السارق للزجر والتنكيل، أخذاً بما رواه الترمذي من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه[2]

ولم يحدد الحنابلة الوقت وحدده الشافعية بساعة، ويرى الشيعة الزيدية التعليق على أن يكون ثلاثة أيام[3]، ولا يذكر المالكية والحنفية شيئا عن تعليق اليد.

٦٢٨ - مسقطات القطع: إذا وجب القطع على السارق فلا مفر من تنفيذ العقوبة، إلا إذا سقطت بسبب ما، والأسباب المسقطة للقطع مختلف عليها بين الفقهاء، فما يراه البعض مسقطاً للعقوبة لايراه البعض كذلك. وسنبين فيما يلي أسباب السقوط المختلف عليها والمتفق عليها:

١ - تكذيب المسروق منه السارق في إقراره بالسرقة أو تكذيبه الشهود فيما شهدوا به من السرقة، فهذا التكذيب يبطل الإقرار والشهادة، ويترتب على بطلانهما سقوط القطع. وهذا هو مذهب أبي حنيفة. ويستوى أن يكون التكذيب مبتدأ أو بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة، ولكن مالكا - وهو لايعتبر المخاصمة - لايرى في تكذيب المجني عليه لإقرار الجاني أو للشهود مايسقط

---

(١) المغني ج ١٠ ص ٢٦٨

(٢) أسنى المطالب ١٥٣ - المغني ج ١٠ ص ٢٦٦.

(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٢

القطع مادام الثابت أن التكذيب قصد به مساعدة الجانى . ولا يتفق مع الحقيقة ، والأمر كذلك عند الشافعى وأحمد إذا كان التكذيب بعد المخاصمة والادعاء بالسرقة . أما إذا كان التكذيب مبتدأ فلا يجب القطع ، لأنه لا يجب إلا المخاصمة ، والتكذيب المبتدأ يمنع من المخاصمة .

ومذهب الظاهريين يتفق مع مذهب مالك فى هذه النقطة . أما مذهب الشيعة الزيدية فهو كمذهب أبى حنيفة ، لأنهم لا يسقطون القطع بعفو المجنى عليه فسواء كان التكذيب صحيحاً أو مقصوداً به مساعدة الجانى ، فهو مسقط للحد عندهم[1] .

٢ ـ العفو عن السارق على أن يكون من جميع المجنى عليهم ، فإن كان من بعضهم دون البعض فلا يسقط القطع . وهذا رأى الشيعة الزيدية ولا تأخذ به المذاهب الأخرى المقارنة[2] .

٣ ـ رجوع السارق عن إقراره صراحة أو ضمنا إذا لم يكن دليل إلا الإقرار فإذا كان دليل آخر فهو على مابينا عند الكلام على الإقرار . وهذا متفق عليه إلا من الظاهريين وبعض الشافعية ، فإنهم لا يرون الرجوع عن الإقرار مسقطاً للقطع .

وإذا اشترك فى السرقة شخصان فأقرا بالسرقة وعدل أحدهما عن إقراره دون الآخر سقط القطع عمن عدل دون غيره عند مالك والشافعى وأحمد ، وعند أبى حنيفة يدرأ القطع عن الآخر ، لأن السرقة واحدة وشركتهما ثابتة ورجوع أحدهما يورث شبهة فى حق الشريك الآخر ، وإذا اعترف أحدهما بالسرقة وأنكر الآخر ولم يكن عليه دليل . فالقطع على المقر وحده عند الجميع . إلا أن أبا يوسف من فقهاء المذهب الحنفى يرى ألا يقطع المقر ، لأنه أقر بسرقة واحدة بينهما على الشركة ، فإذا لم تثبت فى حق شريكه بإنكاره

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ ـ شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٧ ـ المدونة ج ١٦ ص ٩٥

(٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٤

يؤثر ذلك فى حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة . وأصحاب الرأى المضاد يرون أن إقراره بالشركة فى السرقة إقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما . إلا أنه لما أنكر صاحبه السرقة لم يثبت فعل السرقة بالنسبة له ، وعدم الفعل منه لا يؤثر فى وجود الفعل من صاحبه . فيبقى إقراره على نفسه بالسرقة قائماً فيؤخذ به[1] .

٤ — **رد المسروق قبل المرافعة** : يرون فى مذهب أبى حنيفة أن رد السارق للمسروق قبل المرافعة يسقط القطع أما بعد المرافعة فلا يسقطها ؛ لأن الخصومة شرط لظهور السرقة الموجبة للقطع فإذا رد السارق المسروق قبل المرافعة بطلت الخصومة . بخلاف ما بعد المرافعة ، لأن الشرط وجود الخصومة لا بقاؤها .

وهناك رواية عن أبى يوسف بأن الرد قبل المرافعة لا يسقط القطع ؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع . فرد المسروق بعد ذلك لا يخل بالسرقة الموجودة ولا يسقط القطع الواجب لها كما لو رده بعد المرافعة ، وعند الشيعة الزيدية أن رد المسروق إلى الحرز بعد إخراجه يجب فيه القطع . وعند مالك والشافعى وأحمد أن الرد لا يمنع من القطع ، لأن مالكا لا يعتبر المخاصمة ولأن المخاصمة كما يراها الشافعى وأحمد شرط للحكم لا شرط للقطع . فإذا خاصم المجنى عليه وجب القطع . ولو رد الجانى المسروق ولو كان الرد قبل المرافعة[2] .

٥ — **تملك السارق المسروق قبل القضاء** : يرى الحنفيون أن السارق إذا تملك المسروق قبل القضاء سقط القطع فإذا تملكه بعد الحكم وقبل التنفيذ سقط القطع أيضا عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يسقط عند أبى يوسف ، ويرى الشيعة الزيدية أن المسقط للقطع هو التملك قبل الشكوى ، وعند الشافعى وأحمد الحكم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٨ — شرح الازهار ج ٤ ص ٣٤٩ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٧ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ ، ١٥١ — المهذب ج ٢ ص ٣٦٤ — المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة.

كذلك ، لأن من شرط الحكم بالقطع المطالبة بالمسروق ، فإذا تملكه السارق قبل الشكوى امتنعت المطالبة ، أما إذا كان التملك بعد الشكوى فلا يسقط القطع ؛ لأن المطالبة وجدت فعلا ، أما عند مالك فالعبرة بتملك المسروق وقت السرقة . فإذا كان لا يملكه وقت السرقة قطع به ، لأن مالكا لا يشترط المطالبة ويرى القطع ولو رد الشيء المسروق قبل الشكوى ، ولو كانت الشكوى من أجنبي[1] .

٦ — **ادعاء ملكية المسروق** : إذا ادعى الجانى ملكية الشيء المسروق ، فيرى البعض أن الادعاء يسقط القطع ، وقد تكلمنا عن ذلك فيما سبق فيراجع .

الشفاعة فى السرقة :

لا يرى الفقهاء بأساً بالشفاعة فى السارق مالم يبلغ الحادث الإمام ، فإنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تعافوا الحدود فيما بينكم ، فما بلغنى من حد فقد وجب »

ومما يروى عن الزبير بن العوام أنه قال فى الشفاعة فى الحد : « يفعل ذلك دون السلطان . فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه » وقال مالك : إن السارق إذا لم يكن يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام .

وأما من عرف بشر وفساد فلا ينبغى أن يشفع له أحد ، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه .

وأجمعوا على أنه إذا بلّغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه ؛ لأن ذلك إسقاط لحق وجب لله تعالى . وقد غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة بن زيد فى المخزومية التى سرقت وقال « تشفع فى حد من حدود الله ؟ » وقال ابن عمر : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله فى حكمه[2] .

ما يترتب على سقوط الحد : إذا سقط الحد بعد ثبوت السرقة ترتب على

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٧٧ — المدونة ج ١٦ ص ٨٩ — شرح الزرقانى ص ٨٩

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٩٥ — شرح الزرقانى ص ١٠٨ — المهذب ج ٢ ص ٣٠٠ — المحلى ج ١١ ص ١٥١ .

فلك نتيجتان : أولاهما : دخول المسروق فى ضمان السارق عند من لا يجمعون بين القطع والضمان حتى ولو كان قد هلك فى يده أو استهلكه بنفسه ، وسواء كان موسراً أو معسراً ، لأن المانع من الضمان عندهم هو القطع وقد سقط ، وإذا حلت عقوبة التعزير محل القطع فإنها لا تمنع من الضمان . ثانيهما : وجوب رد عين المسروق إن كان قائماً . فإن لم يكن قائماً كإهلاك أو استهلاك فعلى السارق قيمته .

وهاتان النتيجتان ترتب على كلتاهما فى الحالات التى يجب فيها الضمان والرد . أما إذا لم يكن الضمان والرد واجباً فلا وجود لهاتين النتيجتين . فمثلا إذا كان السارق قد رد المسروق قبل التبليغ فلا ضمان ولا رد مالم يكن رده ناقصاً . وإذا كان قد تملكه بعد السرقة فلا ضمان ولا رد[1] .

الشروع فى السرقة

٦٢٩ — للتفريق بين السرقة التامة والشروع فيها أهمية كبرى فى الشريعة الإسلامية ، لأن القطع لا يكون إلا فى السرقة التامة . أما الشروع فلا قطع فيه بأى حال ، وعقوبته دائماً التعزير .

وتتم السرقة عند الظاهريين بمجرد استيلاء الجانى على الشىء استيلاء ماديا . أى بمجرد وضع يده عليه وضعاً ماديا ولو لم يخرجه من الحرز أو ينقله من مكانه أما عند عامة الفقهاء فتتم السرقه بإخراج الشىء المسروق من حرزه بحيث يدخل فى حيازة الجانى ويخرج من حيازة المجنى عليه .

والحرز كما عرفنا نوعان : حرز بطبيعته وحرز بالحافظ . فيجب لتمام السرقة من حرز بطبيعته أن يخرج السارق بالمسروق من الحرز . فإن سرق من مسكن فلا تتم السرقة إلا بإخراج المسروق من المسكن . أما إخراج المسروق إلى ساحة الدار فلا يعتبر سرقة تامة إلا إذا كانت الغرفة المسروقة

(١) راجع فى هذا الموضوع بدائع الصنائع ص ٨٩ — المغنى ج ١٠ ص ٢٨٠ .

تكون وحدها حرزاً مستقلا ، وكانت الساحة مشتركة لها وللغرف الأخرى .

أما السرقة من حرز بالحافظ فتعتبر تامة بمجرد انفصال السارق عن البقعة التى فيها الشىء المسروق ، لأنه بذلك ينفصل عن الحرز . فمن سرق من نائم فى المسجد ثوباً يتوسده يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد إخراج الثوب من تحت النائم ، ومن أخذ ثوباً لجالس فى المسجد من جواره يعتبر فعله سرقة تامة بمجرد انفصاله عن مكان الثوب ولو لم يخرج من المسجد ، ومن نشل من إنسان نقوداً يعتبر مرتكباً لسرقة تامة بمجرد انفصال النقود عن ملابس المجنى عليه ولو ظل واقفاً بجوار المجنى عليه .

ورأى جمهرة فقهاء الشريعة فى السرقة التامة يتفق إلى حد كبير مع الرأى الذى عليه جمهرة شراح القوانين الوضعية ، والذى تأخذ به أكثر هذه القوانين وهو أن السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشىء المسروق استيلاء تاماً يخرجه من حيازة صاحبه ويجعله فى قبضة السارق ، فإن وقعت السرقة فى منزل مثلا يعتبر سرقة تامة بمجرد رفع الشىء من مكانه أو الخروج به من الغرفة التى أودع فيها بل يجب أن يخرجه السارق من المنزل جميعه ، على أنه قد تتم السرقة فى بعض الحالات بغير أن يخرج السارق بالشىء المسروق من المنزل ، كما لو سرق خادم أو ضيف مثلا متاعاً لصاحب المنزل ووضعه فى غرفته أو حقيبته ، فإنه يعد مرتكباً للسرقة التامة رغم استمرار بقائه فى المنزل . وأساس الخلاف بين الشريعة والقوانين فى هذه الحالة ، هو أن الشريعة تشترط إخراج المسروق من الحرز فوق إخراجه من حيازة المجنى عليه ، والقوانين لا تشترط هذا الشرط على أن هذا الخلاف قاصر على السرقات التى يجب فيها القطع . أما السرقات التى يعاقب عليها بالتعزير فلا يشترط فيها الإخراج من الحرز ، وإنما يشترط فيها أن يكون الأخذ يخرج الشىء من حيازة المجنى عليه ويدخله فى حيازة الجانى . وفى هذه السرقات تتفق الشريعة مع القوانين فى تحديد السرقة التامة .

ورأى الظاهريين يتفق مع رأى بعض شراح القوانين الوضعية وهم الذين

يرون أن السرقة تتم برفع الشيء من مكانه وبهذا الرأى يأخذ القانون الإيطالى. ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بما يراه أبو عبيدة الزبيرى . فحكمت باعتبار المتهم شارعا فى السرقة بمجرد دق جرس الشقة للتأكد من خلوها من ساكنيها قبل أن يستعمل الآلات التى حملهـا معه . وحكمت بأن مجرد الترصد أمام المنزل يعتبر شروعا فى السرقة (١) .

واتجاه الشريعة فى العقاب على الجرائم المشروع فيها يتفق مع ما يذهب إليه أصحاب المذهب الشخصى من شراح القوانين الوضعية . ولكن نظرية الشريعة تتسع لأكثر مما يتسع له المذهب الشخصى ، لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتى الجانى إذا تكون مما أتاه معصية . سواء كان مافعله الجانى مؤدياً حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو غير مؤد إليه ، كما بسطنا ذلك فى الجزء الأول من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى .

٦٣٠ — الشروع فى السرقة :

لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع فى الجرائم عامة وفى السرقة بوجه خاص . ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم . ولكنهم اهتموا فقط بالتفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، وعلة ذلك أن قواعد العقاب على التعازير تمنع من وضع قواعد خاصة للعقاب على الشروع فى الجرائم لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة . فى الشريعة أن التعزير يكون فى كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير مالم يكن معاقباً عليها بحد ولا كفارة ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم معينة أتمها الجانى فعلا ، فإن كل شروع فى فعل محرم لايعاقب عليه إلا بالتعزير ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته . أى جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم مادام الجزء الذى تم محرماً لذاته ولا

(١) الأموال — للقللى ص ٦٤

استحالة فى أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكباً لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر فى ذاتها جريمة تامة ولو أنها بدء فى تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق للمنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية أى جريمة تامة تستوجب العقاب إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءاً من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة السرقة التى لم تتم ، فإذا أتم الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة وخرج بالمسروقات من الحرز فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة ، وبتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد . وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة ، ويمتنع التعزير على مادون التمام لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة [1] .

٦٣١ — **متى يعتبر الفعل شروعاً فى الجريمة** : ويعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءاً فى تنفيذ ركن الجريمة المادى بل يكفى أن يكون الفعل معصية. وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ولو كان لايزال بين الفعل و بين الركن المادى أكثر من خطوة، فمثلا فى السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع. كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير، وبالتالى شروعاً فى سرقة، ولو أن بين كل منها وبين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات هى دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الحرز .

وكذلك يعزر الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعاً فى السرقة إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ماتعرض له أو حاول فعله.

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٣٤٤

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً المعصية أو شارعاً فى السرقة إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله فى فتح البـاب أو مثقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحـائط إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجانى إذا وجد مترصداً بجـوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه .

فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع . هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية .

وقد جعل أبو عبـد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقاً شأناً كبيراً للنية ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولـكن نية الجانى وحـدها هى التى أزالت الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو مثقب يحتمل أن يكون الجانى قاصـداً سرقة هذا المحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم ، ولـكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حـيز اليقين وعينت المعصية [1] .

---

(١) التشريع الجنائى الإسلامى الجزء الأول ص ٣٤٨ ، ٣٤٩

الكتاب الخامس

المحـــرابة

٦٣٢ — الحرابة : هى قطع الطريق أو هى السرقة الـكبرى ، وإطـلاق السرقة على قطع الطريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هى أخذ المال خفية وفى قطع الطريق يأخذ المال مجاهرة، ولـكن فى قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامة لحفظ الأمن ولذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال السرقة الـكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم منها قطع الطريق ولزوم التقييد من علامات المجاز[1] .

٦٣٣ — **مقارنة بين السرقة والحرابة** : وجريمة الحرابة وإن سميت بالسرقة الـكبرى إلا أنها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحرابة هى الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسى هو أخذ المال فعلا وركن الحرابة هو الخروج لأخذ المال سواء أخذا المال أم لم يؤخذ، والسارق يعتبر سارقاً إذا أخذ المال خفية أما المحارب فيعتبر محارباً فى حالات .

الأولى : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحداً .

الثانية : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحداً .

الثـالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا .

الرابعـة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل للغالبة فأخـذ المـال وقتل فنى هـذه الحـالات الأربع يعتـبر الشخص محـــارباً مادام قـد خرج

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٨ .

بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما إذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلا يخف سبيلاً ولم يأخذ مالاً ولم يقتل أحداً فهو ليس محارباً ، فالخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات ليس حرابة ولكنه ليس مباحاً بل هو معصية يعاقب عليها بالتعزير ، والخروج بغير قصد المال لا يعتبر حرابة ولو أدى إلى جرح وقتل ، والخروج لأخذ المال على غير سبيل المغالبة ليس حرابة وإنما هو اختلاس . والحرابة تعرف عند أبي حنيفة وأحمد والشيعة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا الخروج إلى إخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل إنسان ويعرفها البعض بأنها إخافة السبيل لأخذ المال[1] .

والأصل في الحرابة قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض . . . الخ ﴾ وقد اختلف في المحاربين المقصودين بهذه الآية فقال البعض إنها نزلت في قوم مشركين كان بينهم و بين النبي ميثاق فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وقال البعض إنها نزلت في قوم من أهل الكتاب ، وقال البعض إنها نزلت في قوم أسلموا ثم ارتدوا واستاقوا إبلا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلوا راعيها والرأى الذى عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمى الذى يقطع الطريق أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة[2] على أن الظاهرية يرون أن الذمى الذى يقطع الطريق ليس محارباً ولكنه ناقض للذمة[3] ومن هذا الرأى بعض الفقهاء في مذهب أحمد[4] ـ أما بقية المذاهب المقارنة فيسوى بين المسلم والذمى وترى كليهما محارباً إذا قطع الطريق وفي مذهب مالك أن الحرابة هي إخافة السبيل سواء قصد المال أو لم يقصد فمن

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٠ ـ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٤ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٣٠٢ شرح الازهار جـ٤ ص ٣٧٦ ـ شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٨ ـ المغنى جـ ١١ ص ٣٠٦

(٢) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٧٩ ـ نيل الاوطار جـ ٧ ص ٢٦٠ وما بعدها ـ المحلى جـ ١١ ص ٣٠٠ وما بعدها

(٣) المحلى جـ ١١ ص ٣١٥ (٤) المغنى جـ ١٠ ص ٣١٩

خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون للشام أو غيرها فمن قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب ومن حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا ثائرة فهو محارب والمسلم به عند مالك أن كل مايقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث فهو حرابة .

وتعرف الحرابة عند الشافعيين بأنها هى البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث[1] على أنهم يشترطون فى القتل الغير حرابة أن يكون بقصد أخذ المال[2] أو إخافة السبيل[3] .

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد فى الأرض فيدخل فى المحاربين قاطع الطريق واللص ولكنهم يرون أن اللص إذا دخل مستخفياً ليسرق أو يزنى أو يقتل مثلا ففعل شيئاً من ذلك مستخفياً فإنما هو سارق أو زان أو قاتل عليه ماعلى الزانى أو السارق أو القاتل فإن اشتهر أمره بفعل ارتكاب جريمته فهو ليس محارباً ولكنه فاعل منكر وليس عليه إلا التعزير فإن دافع وكابر بقصد ارتكاب جريمته فهو محارب بلاشك لأنه قد حارب وأخاف السبيل وأفسد فى الأرض[4] ـ ومن أشهر على آخر سلاحاً على سبيل إخافة الطريق ولو لم يقصد أخذ المال فهو محارب وإن كان يقصد العدوان فقط فعليه القصاص إذا جرح شخصاً فإن لم يكن هنالك جرح فعليه التعزير[5] ومن يمتنع عن أداء الزكاة عليه التعزير ولا يعتبر محارباً فإن مانع دونها فهو محارب[6] فالمحارب عندهم كل من حارب المار وأخاف السبيل بقتل نفس أو أخذ مال أو لانتهاك فرج[7] ويرى بعض الشافعية والمالكية التعرض للبضع مجاهرة حرابة[8] .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢

(٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥ (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨

(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٥ (٦) المحلى ج ١١ ص ٣١٣

(٧) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ ـ المراجع السابقة.

(٨) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٩

ويعتبر مالك من الحرابة أخذ المال مخادعة مع استعمال القوة أو مع عدم استعمالها فمن يسقى المجنى عليه أو يطعمه مادة مخدرة أو يحقنه بها حتى يغيب عن صوابه ثم يأخذ ماله أو يخدعه حتى يدخله محلا بعيداً عن الغوث ثم يسلبه مامعه يعتبر محاربا . ومن يخدع شخصاً صغيراً أو كبيراً على أي الوجهين السابقين ثم يقتله بقصد أخذ مامعه فهو محارب سواء أخذ مامعه أو لم يجد معه مايؤخذ . ويسمى مالك هذا النوع من القتل قتل الغيلة وهو عنده نوع من الحرابة[1] .

٦٣٤ – *ممن تحدث الحرابة؟* تحدث الحرابة من جماعة أو من فرد فقط قادر على الفعل و يشترط أبو حنيفة وأحمد أن يكون مع المحارب سلاح أو ماهو فى حكم السلاح كالعصا والحجر والخشبة ولكن مالكاً والشافعى والظاهرية والشيعة الزيدية لايشترطون السلاح ويكفى عندهم أن يعتمد المحارب على قوته بل يكتفى مالك بالمخادعة دون استعمال القوة فى بعض الأحوال وأن يستعمل أعضاءه كاللكز والضرب بجمع الكف[2] .

ويعتبر محارباً كل من باشر الفعل فيه أو تسبب فيه فمن باشر أخذ المال أو القتل أو الإخافة فهو محارب ومن أعان على ذلك بتحريض أو اتفاق أو إعانة فهو محارب ويعتبر فى حكم المباشر من يحضر المباشرة ولو لم يباشر بنفسه كمن يوكل إليه الحفظ أو الحراسة . ويعتبر معيناً الطليعة والردء الذى يلجأ إليه المحاربون إذا انهزموا أو الذين يمدونهم بالعون إذا احتاجوا إليه فكل هؤلاء يعتبرون محاربين عند مالك وأبى حنيفة وأحمد والظاهريين ولكن الشافعى لايعتبر محارباً إلا من باشر فعل الحرابة بنفسه وأما المتسبب فى الفعل والمعين عليه وإن حضر مباشرته ولم يباشره فلا يعتبر محارباً وإنما هو عاص أتى معصية

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ وحاشية الشيبانى ص ١٠٩ – المدونة جـ ١٦ ص ١٠٤

(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٠ – كشاف القناع جـ ٤ ص ٨٩ – المغنى جـ ١٠ ص ٣٠٤ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٥٤ – شرح الأزهار ص ٣٧٦ – المحلى جـ ١١ ص ٣٠٨ المدونة جـ ١٦ ص ١٠٣ – شرح الزرقانى جـ ٢ ص ١٠٩ .

يعزر عليها ويترتب على هذا الفرق أنه لو خرج جماعة فقطعوا الطريق وأخذ بعضهم مالا وقتل بعضهم أشخاصاً ولم يفعل الباقون شيئاً فكلهم مسؤول عن أخذ المال والقتل عند مالك وأبى حيفة وأحمد والظاهريين أما عند الشافعى فلا يسأل عن القتل إلا القاتل ولا يسأل عن أخذ المال إلا من أخذ المال لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده أما الباقون فعليهم التعزير(١).

ويشترط فى المحارب أن يكون مكلفاً ملزماً وهذا متفق عليه [ولا يخالف فيه إلا الظاهريون فلا يشترطون إلا أن يكون مكلفاً فقط لأنهم يرون أن الذمى إذا قطع الطريق ينقض عهده].

فإذا كان فى القطاع صبى أو مجنون فيرى أبو حنيفة ومحمد أن لاحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو تسبب فيها أو أعان عليها ويرى أبو يوسف هذا الرأى إذا كان الصبى أو المجنون هو الذى باشر الجريمة وحده فإن كان غيرهما هو المباشر فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم ويرى مالك والشافعى وأحمد والظاهريون أن الحد يسقط عن الصبى والمجنون فى كل حال دون غيرهما سواء ولى أحدهما قطع الطريق أو وليه غيره(٢).

ويستوى أن يكون المحارب رجلا أو امرأة عند مالك والشافعى وأحمد والظاهريين والشيعة وظاهر الرواية عند أبى حنيفة أن لاتحد المرأة إذا اشتركت فى الحرابة ولا يحد من معها إذا وليت هى مباشرة الفعل ولكن أبا يوسف يرى حد الرجال ولو باشرت المرأة القطع دونهم - والرواية الأخرى فى مذهب أبى حنيفة أن النساء والرجال فى قطع الطريق سواء لأن هذا حد يستوى فى وجوبه

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٠ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩ - المحلى ج ١١ ص ٣٠٨ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٩١.

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ - المدونة ج ١٦ ص ١٠٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢.

الذكر والأنثى كسائر الحدود ولأن النص لم يفرق بين ذكر وأنثى[١] .

وإذا أخذ المحارب مالا فيشترط فى المال المأخوذ محاربة ما يشترط فى المال المأخوذ بالسرقة . فيجب أن يكون المال محرزاً وأن يكون مالا متقوماً وأن يكون مملوكا للغير وأن لا يكون لآخذه شبهة فيه إلى غير ذلك من الشروط التى سبق بيانها عند الكلام على السرقة . وبالإجمال فإنه يشترط فى أخذ المال حرابة ما يشترط فى أخذه بالسرقة إلا أن الأخذ حرابة يقتضى الأخذ مجاهرة ومغالبة لا خفية ويجب أن يكون المال المسروق بحيث يصيب كل من المحاربين نصاباً فإذا لم يصب كل منهم نصاباً فلا حد عليهم باعتبارهم آخذين للمال وهذا هو مذهب أبى حنيفة والشافعى على أننا يجب أن نلاحظ أن أبا حنيفة يعتبر المباشر والمتسبب والمعين محارباً أما الشافعى فلا يعتبر محارباً إلا المباشر كذلك يجب أن لا ننسى الفرق بينهما فى تقدير النصاب وقد سبق بيانه فى السرقة .

أما الشيعة الزيدية وأحمد فيرون الحد على المحارب ما دامت قيمة المسروق كله تبلغ نصاباً واحداً ولو تعدد السراق ولو لم يصب أحدهم من المال المسروق نصاباً كاملا[٢] .

أما مالك فلا يشترط النصاب فى الحرابة ويكفى عنده لوجوب الحد أن يأخذ المحارب مالا محترما سواء بلغ نصاب السرقة أو لم يبلغه وسواء كان الآخذ واحداً أو جماعة[٣] ويرى بعض فقهاء المذهب الشافعى هذا الرأى .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ – شرح الزرقانى ص ١٠٩ – المدونة ج١٦ ص ١٠٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ – كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ – شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ – نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ – المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ – كشاف القناع ج ٤ ص ٩١ – المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٦٦ ، ٣٦٧

(٣) المدونة ج ١٦ ص ١٠٠ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ – نهاية المحتاج ج ٨ ص ٥ .

وإذا كان المحارب مستأمناً فحكمه حكم السارق وقد بينا ذلك عند الكلام على السرقة[1] .

٦٣٥ — **مكان القطع** : يشترط أبو حنيفة لعقوبة الحد أن تكون الحرابة فى دار الإسلام فإن كانت فى دار الحرب فلا يجب الحد لأن المتولى إقامة الحد وهو الإمام ليس له ولاية على دار الحرب وهى محل وقوع الجريمة[2] ومن هذا الرأى الشيعة الزيدية[3] لكن مالكا والشافعى وأحمد والظاهريين يوجبون الحد سواء وقعت الحرابة فى دار الإسلام أو دار الحرب ما دام الفعل قد وقع جريمة أى وقع على مسلم أو ذمى من مسلمين أو ذميين ، وقد تكلمنا عن هذا بمناسبة الكلام عن السرقة ويشترط الظاهريون أن يكون القطع من مسلمين فقط .

ويرى أبو حنيفة أن يكون القطع فى غير مصر أى بعيداً عن العمران فإن كان فى مصر فلا حد عنده سواء كان القطع نهاراً أو ليلا وسواء كان بسلاح أو غيره وهو رأى أساسه الاستحسان ويعلل بأن القطع لا يحصل عادة فى الأمصار وإنما يحصل فى الطريق بين القرى ولذلك يشترط أن يكون القطع على مسافة سفر من المصر ، وإذا كان هذا هو الاستحسان فإن القياس أن الحد يجب سواء كان القطع فى مصر أو غير مصر وهو رأى أبى يوسف ، ويميل إليه فقهاء المذاهب وعليه الفتوى ويروى عن أبى يوسف أنه يفرق بين النهار والليل فيرى الحد فى قطع الطريق فى المصر ليلا سواء كان القاطعون مسلحين أم يحملون عصياً ـ ولا يعتبر الفاعلين قاطعى طريق فى النهار إلا إذا كانوا مسلحين فإن لم يكونوا مسلحين فليسوا بقطاع إذا ارتكبوا جرائمهم فى المصر وحجته أن الغوث قلما يتحقق فى الليل فيستوى فيه السلاح وغيره[4] . وأبدى أحمد رأيه فى الحرابة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٠ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ .
(٣) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

فى الصحراء ولكنه توقف إذا كانت فى القرى والأمصار ، ولكن أصحابه لا يفرقون بين الحرابة فى الصحراء والمصر ويرون المحارب محارباً حيثما كان لتناول الآية بعمومها كل محارب ولأن الحرابة فى المصر أعظم خطراً وأكثر ضرراً . ويفرق بعض فقهاء المذهب بين ما إذا كان المجنى عليهم يلحقهم الغوث لو صاحوا و بين عدم لحوق الغوث ويعتبرون القطع فى الحالة الثانية[١] .

ولا يفرق مالك والشافعى بين الصحراء والمصر فيصح أن يقع الفعل فى الصحراء أو فى المصر ولكن مالكا يشترط أن يقع الفعل على وجه يتعذر معه الغوث فلو منع المجنى عليه من الاستغاثة وكان الغوث ممكنا لو استغاث فالفعل حرابة ، وإذا وضع حول الدار من يمنع وصول الغوث كان الفعل حرابة ، وكذلك إذا هدد من يحضر للغوث فامتنع عن الإغاثة خوفاً[٢] .

أما الشافعى فيشترط لاعتبار الفعل حرابة أن لا يلحق غوث .

وفقد الغوث قد يكون للبعد عن العمران أو السلطان أو لضعف الموجودين فى محل الحادث أو على مقربة منه أو لضعف السلطان أو لمنع المجنى عليهم من الاستغاثة ، فمذهب الشافعى فى هذه الحالة كمذهب مالك[٣] والشيعة الزيدية لا يرون الحرابة إلا فى غير المصر ولكن بعضهم يرى أنها تكون فى المصر وغير المصر[٤] .

أما الظاهريون فيرون أن الحرابة تكون فى المصر والفلاة سواء وقعت ليلا أو نهاراً وسواء كان المحارب مسلحاً أو غير مسلح وسواء كانت فى قرية صغيرة أو مدينة عظيمة وسواء كان الغوث ممكناً أو متعذراً[٥] .

٦٣٦ — المقطوع عليه : يشترط فى المقطوع عليه أن يكون معصوما

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ — كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٤ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ ، ١٠٩
(٣) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ .
(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ (٥) المحلى ج ١١ ص ٣٠٨

ويكون كذلك إذا كان مسلما أو دمياً . أما إذا كان حربياً أو باغياً فلا عصمة له . وإذا كان حربياً مستأمنا فهو معصوم ولـكن هناك خلافاً على توقيع عقوبة الحد فى ارتـكاب الجريمة عليه وقد سبق أن ذكرنا الآراء المختلفة فى شأنه فى السرقة[1]

وللمقطوع عليه أن يقاتل القاطع ويدفعه عن نفسه وماله ويستحب للمجنى عليه أن يناشد المحارب أن يرجع عن جريمته فإن لم يكن فى الأمر مهلة ففرض على المجنى عليه أن يبادر إلى كل ما يمكنه به الدفاع عن نفسه ، مايغلب على ظنه أنه يندفع به فإن اندفع بالقول والتهديد لم يكن له أن يضربه وإن كان يندفع بالضرب لم يكن له أن يقتله فإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدأه بالقتل أو لم يعاجله بالدفع فله أن يضربه بما يقتله والأصل فيما سبق أن المحارب حين يقصد قتل إنسان أو سلب ماله لا ينهدر دمه بهذا القصد فى ذاته وإنما الذى يهدر دم المحارب هو عدم إمكان دفعه إلا بالقتل لأن القتل يصبح من ضرورات الدفع على أن المحارب يهدر دمه إذا ارتـكب من الحرابة مايوجب حد القتل فإذا عدا عليه شخص فقتله فلا قصاص عليه وإنما يعزر لافتياته على السلطات العامة[2]

٦٣٧ — الأدلة على جريمة الحرابة : تثبت جريمة الحرابة بالبينة والإقرار ويكفى فى حالة البينة شهادة شاهدين وما قيل عن البينة والإقرار فى السرقة يقال هنا . ويجوز أن يكون الشاهدان من الرفقة الذين قاتلوا المحاربين أو وقعت عليهم الحرابة على أن لا يشهدا لأنفسهما بشىء ويجوز أن يشهد لهما غيرهما — وإذا لم يتوفر نصاب الشهادة فـكان شاهدواحداً أوشاهد وامرأة أو شاهدرؤية وشاهدسماع وكان الشهود سماعيين أو لم يكن ثمة شهود وكان المتهم مقراً ثم عدل عن إقراره فى هذه الحالات وأمثالها يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية لأن التعزير يثبت بما يثبت

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٢ ، ٩٣ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ المدونة ج ١٦ ص ١٠٤ ، وقد سبق الـكلام عن قطع السارق والحـكم واحد فى الحالتين — ويراجع كتاب التشريع الجنائى والمحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣١٤ — المغنى ج ١٠ ص ٣٥٢ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٦ وما بعدها .

به الأموال والعبرة عند توقيع العقاب بثبوت الاتهام لدى القاضى فإن اقتنع بصحة الأدلة المعروضة عليه قضى على أساسها و إلا فلا(١) .

٦٣٨ — عقوبة الحرابة : تختلف عقوبة المحارب عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية باختلاف الأفعال التى يأتيها فتعتبر حرابة وهى لا تخرج عما يأتى : ١ — إخافة السبيل دون أن يأخذ مالا أو يقتل نفساً ٢ — أخذ المال لا غير ٣ ـ القتل لا غير ٤ ـ أخذ المال والقتل معاً فلكل فعل من هذه الأفعال عقوبة خاصة عند هؤلاء الفقهاء . أما مالك فيرى أن الإمام بالخيار فى اختيار عقوبة المحارب من بين العقوبات التى وردت فى النص مالم يكن قتل فعقابه القتل أو القتل والصلب والخيار للإمام بين هاتين العقوبتين دون غيرهما بينما يرى الظاهريون أن الإمام بالخيار فى كل الأحوال أيا كانت الجريمة وسواء قتل المحارب أم لم يقتل .

والأصل فى هذا الخلاف بين الفقهاء اختلافهم على تفسير حرف « أو » الوارد فى قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ فمن رأى أن حرف « أو » جاء للبيان والتفصيل قال إن العقوبات جاءت مترتبة على قدر الجريمة وجعل لكل جريمة بعينها عقوبة بعينها ومن رأى أن حرف « أو » جاء للتخيير ترك للإمام أن يوقع أية عقوبة على أية جريمة بحسب مايراه ملائماً إلا أن مالكا قيد التخيير فى حالة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط وحجته أن القتل أصلا عقوبته القتل فلا يعاقب عليه بالقطع ولا بالنفى كذلك قيد التخيير فى حالة أخذ المال دون قتل وجعل للإمام الخيار إلا فى عقوبة النفى ، أما الظاهريون فيرون الخيار المطلق .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠١٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٢٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ـ بدائع الصنائع ص ٩٣

وبعد هذا البيان نستطيع أن نبين عقوبة كل فعل بحسب الآراء المختلفة :

٦٣٩ - إخافة السبيل لا غير : إذا أخاف المحارب السبيل لا غير ولم يقتل ولم يأخذ مالا فجزاؤه عند أبي حنيفة وأحمد النفى لقوله تعالى ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ وجزاؤه عند الشافعي والشيعة الزيدية التعزير أو النفى وقد سووا بين التعزير والنفى لاعتبارهم النفى تعزيراً حيث لم يحدد نوعه ومدته على أنهم يرون أن يمتد النفى حتى تظهر توبة المحارب[١] .

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وأن الأمر فى الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحرى المصلحة العامة . فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفى والتعزير[٢] .
ويرى الظاهريون ما يراه مالك فى هذه المسألة[٣] .

معنى النفى : اختلف الفقهاء فى معنى النفى اختلافا كبيراً فقال البعض إن المراد بقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ أن ينفوا من الأرض بالقتل أو الصلب وقال البعض إن النفى هو الطرد من دار الإسلام فالنفى بهذا المعنى هو التغريب ويساوى إلى حد ما إسقاط الجنسية فى عصرنا الحاضر وإن كان من الممكن إعادة المنفى إذا ظهرت توبته ، والنفى فى مذهب مالك هو السجن فى رأى البعض وهو السجن فى بلد أخرى غير محل الحادث فى رأى ثان وهو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم فإن قدر عليهم فلا نفى بعد ذلك وبالرأى الأول يأخذ الحنفيون

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ - المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .
(٢) نهاية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ، ١١١ المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ .
(٣) المحلى ج ١١ ص ٣٨٧ ، ٣١٩

فعندهم هو السجن وفي مذهب الشافعي الرأي الراجح أن النفي هو الحبس وأن الحبس جائز في محله وأولى أن يكون في محل آخر أما الرأي المرجوح فالنفي أن يطلبوا إذا هربوا حتى يأخذوا - ويرى أحمد أن النفي هو تشريد المحارب في الأمصار فلا يسمح له أن يأوى إلى بلد حتى تظهر توبته والرواية الثانية كالرأي الثاني في مذهب الشافعي - والرأي الراجح في مذهب الشيعة أن النفي يكون بالحبس وقيل بسمل الأعين وبالطرد والتشريد .

مدة النفي : ومدة النفي عند أبي حنيفة والشافعي ومالك غير محدودة فيظل المحارب مسجونا حتى تظهر توبته و ينصلح حاله فيطلق سراحه وهذا هو الرأي الراجح في مذهب أحمد .

و إن كان البعض يرى أن تكون مدة النفي عاماً قياساً على التغريب في الزنا[1] .

أما الظاهريون فيرون أن النفي هو أن ينفى أبداً من كل مكان من الأرض وأن لايترك لغير الأخوة أكله ونومه وما لابد منه من الراحة التي إن لم ينلها مات ومدة مرضه و يظل هكذا حتى يحدث توبة فإذا أحدثها سقط عنه النفي وترك يعود إلى مكانه[2] .

وأساس هذه الآراء المختلفة هو الاختلاف في تفسير معنى النفي فمن قال بأن النفي هو السجن مطلقا فسروا النفي بأنه الإبعاد من الأرض ورأوا أنه لايقدر على إخراجه من الأرض جملة فوجب أن يفعل من ذلك أقصى مايقدر عليه وغاية ذلك هو السجن لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه مااستطعتم » وسقط مايستطاع ومن قال إن السجن يكون في بلد غير بلده نظر إلى المعنى

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٨ ، ٩٩ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٠ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ - المهذب ج ٢ ص ٣٠٢ - المغني ج ١٠ ص ٣١٣ ، ٣١٤ - بدائع الصنائع ص ٩٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ كشاف القناع ج ٤ ص ٩١ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٣ .

السابق ونظر إلى أن يحقق معنى الإبعاد المستطاع عن محل الجريمة أيضا . أما الذين لم يروا سجنه فقد قالوا إذا سجناه فى بلد أو أقررناه فيه غير مسجون فلم ننفه من الأرض كما أمر الله تعالى بل عملنا به ضد النفى والإبعاد وهو الإقرار والإثبات فى الأرض فى مكان واحد منها وهذا خلاف القرآن فوجب علينا بنص القرآن أن ننفيه ونبعده عن جميع الأرض بحسب طاقتنا وغاية ذلك ألا نقره فى شىء منها مادمنا قادرين على نفيه من ذلك الموضع ثم هكذا أبداً ولو قدرنا على أن لاندعه يقر ساعة فى شىء من الأرض لفعلنا ذلك ولكان واجباً علينا فعله مادام مصراً على المحاربة[1] .

وحجة الفقهاء فى أن النفى غير محدود المدة أن النص لم يحدده وأن النفى جاء عقوبة للمحارب وأن المحارب مادام مصراً على المحاربة فهو محارب - وإذ هو محارب يجب أن يجزى جزاء المحارب فالنفى باق عليه مالم يترك المحاربة بالتوبة فإذا تركها سقط عنه جزاؤها[2] .

٦٤٠ - **أخذ المال لا غير**: إذا أخذ المحارب المال ولم يقتل فيرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد ومعهم الزيدية أن يقطع المحارب من خلاف أى أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى وهم يقطعون اليد اليمنى للمعنى الذى قطعت به يد السارق اليمنى ويقطعون الرجل اليسرى لتتحقق المخالفة ولا ينتظر اندمال اليد فى قطع الرجل بل يقطعان معاً لأن العقوبة عقوبة واحدة وتبدأ بالأيدى لأن النص بدأ بالأيدى فقدمها على الأرجل ولا خلاف فى قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى إذا كانت يداه ورجلاه صحيحة فإن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع فى حرابة أو سرقة أو قصاص أو لمرض فمذهب أبى حنيفة وهو رأى فى مذهب أحمد أن القطع يسقط عن المحارب سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو العكس لأن قطع مازاد على ذلك يذهب منفعة الجنس .

وعلى هذا الشيعة الزيدية وكل من لايرى أن يقطع إلا يد واحدة ورجل

(١) المحلى ج ١١ ص ١٨١ ، ١٨٢ . (٢) المحلى ج ١١ ص ١٨٢ ، ١٨٣ .

واحدة فى السرقة . أما الشافعى ورأيه وجه فى مذهب أحمد فيرى أن يقطع الباقى من الأعضاء المستحقة القطع فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمنى يديه ولم يقطع غير ذلك لأنه وجد فى محل الحد مايستوفى فاكتفى باستيفائه . وإن كان ثمة شلل فى اليدين أو الرجل فالحكم فى الشلل مما سبق ذكره عند الكلام على القطع فى السرقة .

أما مالك فيرى أن المحارب إذا أخذ المال دون قتل يعاقب على حسب اجتهاد الإمام فيما هو من المصلحة العامة والإمام مخير فى عقابه بأية عقوبة ، مما جاءت بها آية المحاربة عدا عقوبة النفى فليس له أن يعاقبه بها لأن الحرابة سرقة مشددة وعقوبة السرقة أصلا القطع فلا يصح أن يجعل الخيار للإمام فيما ينزل بالعقوبة عن القطع وهو النفى .

أما الظاهريون فيرون أن الإمام له حق الخيار المطلق من كل قيد فى جريمة الحرابة فيختار أية عقوبة من عقوباتها لأى فعل أتاه المحارب بحسب مايرى أنه يتفق مع المصلحة العامة .

ويلاحظ أنه عند اختيار القطع بحسب رأى مالك نفذ القطع على الوجه الذى يراه الشافعى والذى سبق بيانه(١) .

وينبغى أن لاننسى ماذكرناه عن النصاب واشتراطه أو عدم اشتراطه فى حالة أخذ المال ، كما ينبغى أن نعلم أن من يشترطون المخاصمة للقطع فى السرقة يشترطون لتوقيع عقوبة القطع فى الحرابة والمخاصمة أيضاً ممن له حق المخاصمة فليراجع ماذكرناه عن المخاصمة فى السرقة(٢) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المغنى ج ١٠ ص٣١١ ، ٣١٢ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ - شرح الزرقانى ج ٨ ص١١٠ ، ١١١ - أسنى المطالب ج ٤ المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٢٧ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .

٦٤١ - **القتل دون غيره** : إذا قتل المحارب ولم يأخذ مالا فيرى أبو حنيفة والشافعى أن عقوبة المحارب هى القتل حداً دون صلب وهذا الرأى رواية عن أحمد وعنه رواية أخرى هى أنهم يصلبون لأنهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كمن أخذوا المال وفى مذهب الشيعة الزيدية رأيان أحدهما يرى القتل دون صلب والثانى يرى القتل مع الصلب .

ويرى مالك أن الإمام بالخيار إن شاء قتل وصلب وإن شاء قتل دون صلب[1] ولا خيار له فى غير هاتين العقوبتين دون غيرهما[2] .

ويرى الظاهريون أن الإمام بالخيار فى كل العقوبات التى جاءت بها آية المحاربة فيعاقب على القتل بالنفى أو القطع أو القتل أو الصلب ولا يباح له أن يجمع على المحارب عقوبتين من هذه العقوبات بأى حال[3] .

٦٤٢ - **القتل وأخذ المال** : إذا قتل المحارب وأخذ المال كان عقابه القتل والصلب معا عند الشافعى وأحمد والشيعة الزيدية ولا قطع عليه وهذا هو مايراه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، ويرى أبو حنيفة أن الإمام مخير فى حالة القتل المقترن بأخذ المال بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله أو يصلبه وبين أن لا يقطعه ثم يقتله بلا صلب أو يصلبه فيقتله . وينبغى أن لا ننسى ماسبق ذكره عن اشتراط النصاب أو عدم اشتراطه فى المحاربة فمن يشترط النصاب لكل محارب لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ مال مالم يخص كل محارب نصاباً كما هو الحال عند الشافعى ومن يكتفى بنصاب واحد لكل المحاربين لا يعتبر القتل مصحوباً بأخذ المال إلا إذا بلغ المال المأخوذ نصاباً كما هو الحال فى مذهب أحمد ومن لا يشترط النصاب فى المحاربة يكتفى بأخذ مال مقوم أياً كان مقداره كما هو الحال فى مذهب مالك ومذهب أحمد والرأى المعتمد فى مذهب الشافعى

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٩٩ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ - شرح الزرقانى ص ١١٠ ، ١١١ .

(٣) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ .

ويرى البعض أن محمداً لا يرى القطع ولكنه يرى الإمام مخيراً بين الصلب والقتل[1].

ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتله وبين أن يصلبه ويقتله. أما الظاهريون فيرون أن الإمام مخير فى كل العقوبات المقررة فى آية الحرابة فله أن ينفيه وله أن يقطعه وله أن يقتله وله أن يصلبه بحسب ماتقتضيه المصلحة العامة ولكن ليس له أن يجمع عليه القتل والصلب ولا أن يجمع عليه بين عقوبتين بحال كالنفى والقطع أو القطع والقتل أو القطع والصلب[2].

٦٤٣ — **كيفية الصلب** : اختلف الفقهاء فى كيفية الصلب الواجب على المحارب فرأى الشافعى وأحمد أن الصلب يجىء بعد القتل فيقتل المحارب أولاً ثم يصلب مقتولا وحجتهم أن النص جاء بتقديم القتل على الصلب فى اللفظ فوجب أن يتقدمه فى الفعل ولأن الصلب قبل القتل تعذيب المقتول ومثله يؤدى إلى اتخاذ المقتول غرضاً وقد نهى الرسول عن ذلك فقال « إن الله كتب الإحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة » ، وقال : « إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان » وقال « ولعن الله من اتخذ شيئاً فيه الروح غرضاً » .

كذلك نهى الرسول عن المثلة ولو بالكلب العقور وأصحاب هذا الرأى يرون أن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع المحارب وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيرتدع بذلك غيره[3].

والمعتمد فى مذهب مالك أن القتل يكون بعد الصلب فيصلب المحارب على خشبة ثم يقتل وهو مصلوب وحجتهم أن الصلب فرض عقوبة والعقوبة لاتقع

---

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٧٠

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣١٧ ، ٣١٩ — المدونة ج ١٦ ص ٩٩ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ . شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ — المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ بدائع الصنائع ص ٩٣ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ — المحلى ج ١١ ص ٣١٥ ، ٣١٦ .

على ميت فوجب أن يتقدم الصلب القتل وأن الصلب لم يقصد به ردع الغير و إنما قصد به العقاب قبل كل شيء وكل عقوبة لها غرضان: الأول: ردع الجانى والثانى: زجر غيره ولأن الصلب شرع زيادة فى العقوبة وتغليظاً حتى لاتتساوى عقوبة من قتل مع عقوبة من قتل وأخذ المال[١] – على أن فى المذهب من يرى القتل قبل الصلب[٢].

وفى مذهب أبى حنيفة رأيان كمذهب مالك أرجحهما صلب المحارب حياً ثم طعنه برمح فى تندوته حتى يموت[٣].

وفى مذهب الشيعة الزيدية هذان الرأيان وأرجحهما الصلب بعد القتل لا قبله[٤].

أما الظاهريون فالأصل عندهم أن الإمام مخير فى كل عقوبات المحاربة ولكن ليس له أن يجمع بينها فإذا رأى صلبه فليس له أن يقتله أو يقطعه أو ينفيه و إذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه و إذا رأى قتله فقد حرم عليه أن يصلبه أو يقطعه أو ينفيه و إذا رأى قطعه حرم عليه القتل والصلب والنفى فالصلب عندهم عقوبة مستقلة مقصود بها قتل المحارب بكيفية معينة فيصلب المحارب حيا ثم يترك على خشبة فلا يطعم ولا يسقى حتى ييبس ويجف فإذا مات أنزل عن خشبته وغسل وكفن[٥].

٦٤٤ – مدة الصلب: لم يرد نص فى تحديد مدة الصلب ولذلك اختلفت فى مدته فرأى الفقهاء فى مذهب أحمد أنه يصلب بقدر مايشتهر أمره لأن المقصود من الصلب هو إشهار أمر المصلوب ورأى الفقهاء فى مذهب الشافعى وأبى حنيفة أنه يصلب ثلاثة أيام[٦].

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ – المدونة ج ١٦ ص ٩٩ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠.
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١. (٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥.
(٤) شرح الازهار ج ٧ ص ٣٧٧، ٣٧٨ – تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٦١.
(٥) المحلى ج ١١ ص ٣١٧، ٣١٨
(٦) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ – بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥.

٦٤٥ — حكم موت المحارب قبل إقامة الحد عليه : — وإذا مات المحارب قبل البدء فى إقامة الحد عليه لم يصلب لأن الصلب جزء من الحد وقد سقط الحد بموت المحارب فيسقط الصلب على أن بعض الشافعيين والشيعة الزيدية يرون أنه إذا سقط بعض الحد لعدم إمكان تنفيذه لم يسقط البعض الذى يمكن تنفيذه . أما إذا قتل قصاصا فلا صلب عليه عند أحمد لأن حد الحرابة سقط بالقصاص فيسقط الصلب وفى مذهب الشافعى رأيان :أحدهما : كرأى أحمد والثانى: يرى أن الصلب لا يسقط لأن تنفيذه ممكن وهو رأى فى مذهب الشيعة الزيدية وهو الرأى المعمول به فى مذهب مالك خصوصا وأنه يرى تقديم حق الله على حق الآدمى . أما مذهب أبى حنيفة فيجيز الصلب ولو أنه يقدم حق الأفراد على حق الله تعالى لأنه لا يمنع من تنفيذ حقوق إلا ما سقط بالضرورة فأما مالم يسقط فينفذ . وإذا قتل المحارب حسبة أى عدا عليه شخص فقتله لحرابته وجب الصلب عند من يوجبونه وجاز عند من يجعلون الخيرة فيه للامام[1] .

٦٤٦ — هل يقتص ممن قاتل المحارب أو قاطعه ؟ القاعدة أن الحد حق لله تعالى وأنه لا يجوز العفو عنه ولا إسقاطه وحد الحرابة كأى حد آخر لا يحتمل العفو والإسقاط والإبراء والصلح عنه فكل ما وجب على المحارب من قتل أو قطع أو صلب تستوفى منه سواء عفا الأولياء وأرباب الأموال أو لم يعفو وسواء أبرأوا منه أو صالحوا عليه وليس للامام إذا ثبت الحد عنده أن يتركه أو يسقطه أو يعفو عنه لأن الواجب حد والحدود حقوق الله تبارك وتعالى[2] .

وهذا هو الأصل فى كل المذاهب الإسلامية ولكن الشيعة يرون أن الإمام له إسقاط الحدود عن بعض الناس لمصلحة وله تأخيرها إلى وقت آخر لمصلحة عدا

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ ، ٣٢٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ ، ٦٣ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ١٢ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ٩٥ - المغنى ج ١٠ ص ٣٠٧ - كشاف القناع ج ٤ ص ٤٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ المدونة ج ١٦ ص ٩٩ ، ١٠١ .

حدى القذف والسرقة ففيهما اختلاف فالبعض لا يرون للإمام أن يسقطهما أو يؤخرهما والبعض يرى ذلك وحجتهم فى هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تمكن من بنى قينقاع وأراد قتلهم وكانوا حلفاء لعبد الله بن أبى كبير المنافقين فى حال الجاهلية فطلب من النبى تركهم فكره ذلك ثم إنه تشفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم وأكثر فى تركهم فتركهم له لما رأى فى ذلك من الصلاح وهم مختلفون فيما إذا كان للإمام حق إسقاط القصاص عن بعض الناس أو تأخيره باعتبار أنه حق آدمى فيرى البعض جواز الإسقاط لمصلحة عامة ويرى البعض أن الإسقاط لا يجوز لأن منع القصاص هو منع لحق آدمى وظلم والخلاف بين الفريقين أساسه الخلاف فى أى المصلحتين تغلب عن التعارض، المصلحة العامة أم المصلحة الخاصة[1].

ويترتب عليه أنه يترتب على عدم جواز العفو عن الحد أو إسقاطه أن يكون المحارب مهدداً إذا وجب عليه القطع أو القتل وقد فصلنا ذلك فى التشريع الجنائى[2].

ولكن لم يبين حكم الإهدار عند الظاهريين والشيعة الزيدية فنقول إن الظاهريين يجعلون للإمام الخيار فى أى عقوبة من العقوبات الواردة فى الآية وهذا يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهدرة لاحتمال أن يستبدل بها الإمام عقوبة أخرى غير مهدرة قبل التقييد.

ورأى الشيعة يجعل المحارب غير مهدر ولو حكم عليه بعقوبة مهدرة لأن للإمام إسقاط العقوبة لمصلحة عامة.

وعلى هذا إذا عدا شخص على محارب أخذ المال أو قتل فقطع يده أو قتله فلا قصاص على العادى عند مالك وأبى حنيفة والشافعى وأحمد سواء كان ذلك قبل الحكم أو بعده مادامت جريمة الحرابة ثابتة وإنما يعزر العادى لافتياته على السلطات العامة القائمة على تنفيذ العقوبات والعلة فى عدم القصاص هى أن قطع

---

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٣٤ ، ٣٣٥

(٢) جزء أول فيراجع ذلك هناك .

المحارب أو قتله متحتم وواجب لابد من إقامته فالتعزير ليس للقطع أو للقتل وإنما للافتيات على السلطات العامة والقيام بما اختصت نفسها به [١].

أما عند الظاهريين والشيعة الزيدية فيقتص من القاطع أو القاتل لأن العقوبات غير لازمة (تراجع أقوال الظاهريين والشيعة فى القتل والجرح)

٦٤٧ - هل يشترط فى القتل الذي يحدث من المحارب أن يكون عمداً ؟
يوجب مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية القتل لمجرد القتل ويطلقون لفظ القتل فلا يشترطون أن يكون عمداً وعلى هذا يكون القتل الذى يجب فيه الحد عندهم هو مطلق القتل سواء كان عمداً أو شبه عمد أو خطأ . مع ملاحظة أن مالكا لا يعترف بشبه العمد ويسوى الحنفيون بين أنواع القتل وأداة القتل فلا يشترطون المحدد ويجوز أن يكون القتل بمثقل وعصا وحجر وخشب [٢] أما الشافعى فيشترط القتل العمد لوجوب الحد فبالقتل العمد يجب قتله للنص ولأنه ضم إلى جناية القتل الحرابة أى إخافة السبيل وهى تقتضى زيادة العقوبة والزيادة هنا القتل والقتل محتم إذا قتل لأخذ المال ولو لم يأخذ نصاباً أما إذا أخذ نصاباً فالقتل والصلب [٣] .

وبعض الشافعية يشترط فى القتل أن يكون مما يوجب القود فلا يكفى أن يكون القتل عمداً وإنما يجب أن يكون قتلا يجب فيه القصاص فإن لم يكن قتلا عمداً فلا يجب الحد وإن كان قتلا عمداً لا يجب فيه القصاص فكذلك [٤] .

ومذهب أحمد على أن يتعمد الجانى الفعل بغض النظر عن الأداة التى استعملت فى القتل فيستوى عنده أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد [٥] .

---

(١) المدونة ١٦ ص ١٠٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ - ويراجع ما كتب عن السرقة

(٢) بدائع الصنائع ص ٩٦ ، ٩٧ - حاشية ابن عابدين ص ٢٩٥ ، ٢٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - المدونة ج ١٦ ص ٩٩ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦

(٤) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٤ ، ٥ .

(٥) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٩ - كشاف القناع ج ٤ ص ٨٩ .

والظاهر من أقوال الظاهريين أنهم يشترطون القتل العمد كالشافعيين [١]

٦٤٨ - حكم الجراح التى يحدثها المحارب : يرى الظاهريون أن إحداث الجراح بقصد إخافة السبيل حرابة وعلى هذا فإذا حدثت جراح ولم يكن أخذ مال ولا قتل فالفعل حد والإمام مخير فى العقوبة والقاعدة عندهم أنه إذا اجتمع حقان أحدهما لله والثانى للعبد كان حق الله تعالى أولى بالقضاء لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقضوا الله فهو أحق بالوفاء دين الله أحق أن يقضى » وقوله « كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وعلى هذا فإن قتله الإمام أو صلبه للمحاربة كان للولى أن يأخذ أرش جرحه لأن حقه فى القود قد سقط فبقى حقه فى الدية أو العفو عنها وأن رأى الإمام قطع المحارب كان للمجنى عليه أن يقتص أو يعفو . والخلاصة أنه كلما أمكن للمجنى عليه أن يستوفى حقه بعد استيفاء حق الله استوفاه وكلما سقط كانت له الدية[٢] ويرى مالك وأبو حنيفة والشيعة الزيدية أنه كلما وجب على المحارب حد دخلت الجراحة فى الحد فإذا لم يكن حد أو كان حد وسقط فحكم الجراحة هو حكمها فى حال عدم وجود الحد [٣] .

ويرى الشافعى وأحمد أن الجراح لا تدخل فى الحد فيقتص فى الجراح إذا كانت مما يقتص فيه و إذا لم يكن قصاص ففيها الدية ويرى الشافعى أن القصاص غير محتم أى ليس حداً و إنما هو على أصله لأن الانحتام خاص بالقتل والقطع والصلب فإذا سرى الجرح فمات فأصبح القتل عمداً انحتم القتل [٤] .

أما أحمد ففى مذهبه رأيان رأى يرى عدم انحتام القصاص كمذهب الشافعى لأن الشرع لم يرد بشرع الحد فى الجراح والرأى الثانى على انحتام القصاص وحجة أصحابه أن الجراح تابعة للقتل فتأخذ مثل حكمه ويسلم أصحاب هذا الرأى بأن الجراح التى لا قصاص فيها كالجائفة لا يجب فيها إلا الدية [٥] .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣١١ ، ٣١٢ . (٢) المحلى ١١ ص ٣١٢ ، ٣١٣

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٧ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ .

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ (٥) المغنى عاشر ص ٣١٠

٦٤٩ — **الحد والضمان** : علمنا مما سبق فى السرقة أن الشافعى وأحمد يريان الجمع بين الحد والضمان وهذا هو رأيهما فى جريمة الحرابة فالحد لا يمنع من الضمان أما عند مالك وأبى حنيفة والشيعة الزيدية فالقاعدة عندهم أن الحد لا يجمع مع الضمان وقد تكلمنا عن هذا فى السرقة فيراجع

ويعلل أبو حنيفة أن الحد فى الحرابة ينفى وجوب ضمان الجراحات لأن الجراحات الخطأ فيها الدية ولأن الجراحات يسلك بها فى مذهبه مسلك الأموال فالضمان فى الجراحات بنوعيها مال ولا يجب ضمان المال مع الحد ومذهب مالك والشيعة الزيدية لا يجمع بين الحد وضمان الجراحات لأنهم يدخلون الجراح فى الحد ويعتبرون الحد عقوبة عنها(١) .

٦٥٠ — **التداخل** يجرى التداخل فى جريمة الحرابة فلو ارتكب أكثر من حرابة عوقب عنها جميعاً مرة واحدة إذا كان الفعل الذى أتاه واحداً فإن كان الفعل مختلفا كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة . هذا مع ملاحظة رأى أبى حنيفة فى حالة أخذ المال والقتل فإنه إن أخذ مرة المال وقتل فى الثانية دون أخذ المال جاز قطعه ثم قتله وهذا على رأى القائلين بأن لفظ « أو » ورد للبيان والتفصيل أما على رأى القائلين بأن « أو » للتخيير فعند مالك تتداخل على الوجه السابق أيضاً لأنه يخصص لأخذ المال والقتل عقوبات خاصة فتتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفى فيها عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هى لواجبة وفيها الكفاية .

أما عند الظاهريين فللإمام الخيار ولذلك فالتداخل مطلق وتكفى أية عقوبة بغض النظر عما إذا كانت أخف العقوبات أو أشدها .

٦٥١ — **مسقطات الحد** : ١ - يسقط حد الحرابة بما يسقط به حد السرقة وقد ذكرنا أسباب سقوط حد السرقة وبينا ما فيها من اتفاق واختلاف [فتراجع

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٥ - تبصرة الحكام ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ج ٢ طبعة بولاق

مع ملاحظة أن بعض هذه الأسباب خاص بأخذ المال ولا أثر له فى حالة القتل أو إخافة السبيل] .

١ — التوبة : ومن المتفق عليه أن توبة المحارب قبل القدرة عليه تسقط ما وجب عليه من حد بحرابته والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ فإذا تاب المحارب سقط عنه ما وجب عليه من القتل والصلب والقطع والنفى ولكن التوبة لا تسقط ما يتعلق بحقوق العباد فيبقى مسؤولا فإن كان أخذ المال فقط فعليه رده وإن كان قتل أحداً أو جرحه فعليه القصاص إن كان ذلك مما يجب فيه القصاص وإلا فعليه الدية ، وليس للتوبة مظهر خاص أو إجراءات شكلية وإنما يدل عليها رد المال لصاحبه إن كان هناك مال عند القدرة على رده ويكفى فى التوبة الندم والعزم على ترك مثل ما حدث .

ويشترط فى التوبة أن تكون قبل القدرة على المحارب فإن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شىء لا من الحقوق المتعلقه بالله ولا من الحقوق المتعلقة بالأفراد لقوله تعالى ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾ فأوجب الحد على كل محارب ثم استثنى من ذلك التائبين قبل القدرة ممن عداهم يبقى على حكم العموم وعلة قبول التوبة قبل القدرة أن التوبة قبل القدرة تكون غالباً توبة إخلاص أما بعد القدرة فهى غالباً توبة تقيه من إقامة الحد عليه ولأن فى قبول التوبة قبل القدرة ترغيباً للمحارب فى التوبة والرجوع عن المحاربة والإفساد فناسب ذلك إسقاط الحد عنه ، أما بعد القد ة فلا حاجة لترغيبه لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة[1] .

والمراد بما قبل القدرة أن لا تمتد إلى المحارب يد الإمام فإن تاب بعد أن امتدت إليه يد الإمام لم تعتبر التوبة قبل القدرة ولو كان هارباً أو مستخفياً أو ممتنعاً[2] .

---

(١) المغنى ١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ — شرح الازهار ص ٣٧٨ .

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٤ ص ١٥٥

ويعتبر المحارب تائباً إذا أتى الإمام طائعاً قبل القدرة عليه ملقياً سلاحه وإن لم يدل على توبته مظهر آخر ويعتبر كذلك إذا ترك ما هو عليه من الحرابة وإن لم يأت الإمام[1] وإذا أمن المحارب ليسلم نفسه فلا أمان له ولا يعتبر بتسليم نفسه تائباً قبل القدرة عليه لأنه كان مطلوبا[2] .

وإذا فعل المحارب ما يوجب حدا لا يختص بالمحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة فإنها لا تسقط عنه التوبة عند مالك والظاهريين ويسقط منها السرقة دون غيرها عند أبي حنيفة لما سنبينه بعد . أما عند الشافعي وأحمد ففي مذهبهما رأيان : أولها أنها جميعا تسقط بالتوبة لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة إلا حد القذف فإنه لا يسقط لأنه حق آدمي ولأن في إسقاطها ترغيباً في التوبة وهذا الرأي هو الراجح في مذهب أحمد والمرجوح في مذهب الشافعي والثاني أنها لا تسقط لأنها لا تختص بالمحاربة فكانت في حق المحارب كحق غيره وهذا هو الراجح في مذهب الشافعي أما إن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذي تاب منه دون غيره .

ويرى فقهاء الشيعة الزيدية أن توبة المحارب تسقط كل ما عليه من حدود غير حد المحاربة ولكنهم يختلفون في سقوط حقوق الآدميين فيرى بعضهم أن التوبة تسقط أيضاً حقوق الآدميين التي أتلفها المحارب أو التائب حالا حكماً ويرى البعض أن أثر التوبة لا تمتد لحقوق الأفراد وأنها لا تسقط إلا حق الله المحض فلا تمتد لمثل القصاص والقذف والمال .

التوبة ممن عليه حد غير المحارب : هناك اختلاف في أثر توبة من عليه حد من غير المحاربين فيرى مالك والظاهريون ورأيهما هو الرأي الراجح في مذهب الشافعي والرأي المرجوح في مذهب أحمد أن التوبة لا أثر لها على الحد لقول الله

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١١٢ .

تعالى ﴿ والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ وهذا عام فى التائبين وغيرهم وقال تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ولأن النبى رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذى جاءه مقراً بالسرقة وقد جاءوا جميعاً تائبين يطلبون تطهرهم بإقامة الحد وقد سمى الرسول صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال فى حق الغامدية « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو ابن سمرة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى فأقام الرسول عليه الحد . ولأن الحد كفارة عن الذنب فلا يسقط بالتوبة ولأن التائب مقدور عليه فلم يسقط عنه بالتوبة كالمحارب المقدور عليه .

ويرى أبو حنيفة أن السرقة الصغرى وحدها هى التى يسقط حدها بالتوبة إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه فيسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة والفرق أن الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لأن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهى بالتوبة والتوبة تمامها رد المال إلى صاحبه فإذا وصل المال إلى صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق .

أما الرأى الراجح فى مذهب أحمد والمرجوح فى مذهب الشافعى وهو مذهب الشيعة الزيدية فيرى أن كل حد يسقط بالتوبة لقول الله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ .

ولأنه ذكر حد السارق ثم قال ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لا ذنب له لا حد عليه ولأنه قال فى ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب ـ فيتوب الله عليه » . ولأن الحدود خالص حق الله فتسقط بالتوبة لحد المحارب .

والقائلون بأن التوبة تسقط الحدود مختلفون فيما إذا كان الحد يسقط بمجرد التوبة أو يسقط بها مع إصلاح العمل ففريق يسقط الحد بمجرد التوبة وهو ظاهر مذهب أحمد وفريق يعتبر إصلاح العمل لقوله تعالى ﴿ فإن تابا وأصلحا

فأعرضوا عنهما ﴾ وقوله ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ فعلى هذا يعتبر مضى مدة يعلم بها صدق التوبة وصلاح النية ؛ والبعض لا يقدر مدة معلومة ، والبعض يقدر المدة بسنة[١] وهناك نظرية ثالثة لابن تيمية وابن القيم ذكرناها[٢] .

٦٥٢ — حق الله وحق الفرد فى عقوبة القتل : الأصل فى جريمة القتل العادى أنها تمس الأفراد أكثر مما تمس الجماعة ولذلك يعبر عنها الفقهاء بأنها متعلقة بحقوق الأفراد ولكن الشارع جعل القتل فى الحرابة مما يمس حقوق الجماعة حيث جعل العقوبة لازمة ولم يجعل لعفو المجنى عليه أثراً عليها . وقد نظر الفقهاء إلى أن القتل فى الحرابة يجتمع فيه حق الله وحق العبد فكان هذا مما دعا البعض إلى القول بتغليب حق الله ودعا البعض إلى القول بتغليب حق الفرد . والقائلون بتغليب حق الفرد هم بعض الشافعية ورأيهم الراجح فى المذهب وبعض الحنابلة ورأيهم المرجوح فى المذهب . أما بقية المذاهب فتغلب حق الله على حق الأفراد ولكن المذهب الظاهرى له حكم خاص سنذكره فيما بعد[٣] .

ويترتب على تغليب حق الله أنه لا يعتبر التكافؤ فى القتل عند القائلين بالتكافؤ فيؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمى والأب بالابن لأن القتل حد لله فلا تعتبر فيه المكافأة كما هو الحال فى الزنا والسرقة ولا تراعى المماثلة فى القتل فيقتل بالسيف أيا كانت الآلة التى استعملها .

ويترتب على تغليب حق العبد اعتبار التكافؤ فى القتل فلا يقتل المحارب إذا كان حراً بعبد أو نحوه ممن لا يكافئه كابنه وذمى والمحارب مسلم وإن قتل بمثقل أو غيره روعيت المماثلة فى قتله بأن يقتل بمثل ما قتل به وإذا قتل ومات

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣١٤ ومابعدها ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩١ ـ بدائع الصنائع ج٧ ص ٩٦ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٨ ـ المحلى ج ١١ ص ١٢٦ ، ١٣١ .

(٢) التشريع الجنائى ج ١ ص ٣٥٥ .

(٣) يراجع القتل فى مذهب الظاهريين .

قبل قتله قصاصاً فالدية تجب فى ماله ، وإذا عفا الولى عن مال لزم القاتل المـال وقتل حداً .

ويحتج القائلون بتغليب حق الله أن القاعدة تغليب حق الله إذا اجتمع مع حق العبد فى حد لأن العقوبات فى الحدود خالصة أصلا لله وأن الحد لا يجوز فيه العفو . وإذا كان ولى الدم ليس له العفو فمعنى ذلك أن حق الله غالب ، ويحتج القائلون بتغليب حق العبد بأنه الأصل فيما اجتمع فيه حق الله وآدمى ولأن الآدمى لو قتل فى غير محاربة فله حق القصاص فكيف يسقط حقه بقتله فى المحاربة ويقولون إن أثر الحد هو من ناحية انحتام القتل وعدم جواز العفو عنه ولكن ذلك لا يسقط بحال حق العبد فى النواحى الأخرى خصوصاً وأن الرسول يقول « لا يقتل مسلم بكافر »[1] .

٦٥٣ – عدم وجوب الحد المانع : لايجب حد الحرابة إلا إذا استوفيت كل شروط الحد فإذا امتنع أحد هذه الشروط امتنع وجوب الحد كشرط النصاب عند من يشترطون النصاب فإذا لم يتوفر هذا النصاب عندهم ولم يكن هناك قتل فلا يجب حد القطع وكشرط البلوغ فإذا حدثت الحرابة من صبى لم يجب عليه الحد أو أخذ المال وحده أو قتل أو فعل غير ذلك وكشرط الفعل فى المحارب فإذا كان المحارب مجنوناً لم يجب عليه الحد وكشرط العمد فى حالة القتل عند من يشترطون أن يتعمد المحارب القتل فإن الحد لا يجب عندهم إذا قتل ولم يأخذ مالا ، فإذا أخذ مالا وقتل غير متعمد القتل وجب عليه حد القطع إذا بلغ المال نصاباً وهكذا كلما امتنع شرط من شروط الحد لم يجب الحد ، وقد تعرضنا لهذه الشروط المختلف عليها والمتفق عليها فيما سبق . على أن عدم وجوب الحد على من أخذ مالا دون النصاب لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبى والمجنون لا يمنع من تأديب الصبى والمجنون بما يتفق مع حالتهما كضرب الصبى وحجز المجنون فى مكانه لمنع أذاه عن الناس

(١) المغنى ج ١٠ س ٣٠٧ أسنى المطالب ج٤ س ١٥٦–المدونة ج ١٦ س ٩٩، ١٠٠

ومن قتل غير متعمد وهو يريد أخذ المال ولكنه لم يأخذ مالا يعزر ويلزم الدية وهكذا ـ والقاعدة فى الشريعة أن كل ما يعتبر معصية إذا أتاه الإنسان عزر ولو أراد الفاعل فعلا ما ، لم يتمه ما دام ما فعله يعتبر فى ذاته معصية لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء أتمه أم لم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توفرت شروطها فإذا لم تتوفر شروطها فالعقوبة التعزير كلما كون الفعل معصية .

٦٥٤ — **حكم سقوط الحد بعد وجوبه** : إذا سقط الحد بعد وجوبه كان الحكم بالنسبة للمال والقتل والجراح على الوجه الآتى :

إذا كان سبب سقوط الحد هو تكذيب الحجة عند القائلين بالسقوط بتكذيب المجنى عليه لشهود الإثبات أو تكذيبه للإقرار الصادر من الجانى فلا شىء على الجانى جنائياً أو مدنياً لأن الفعل لا يثبت فى حق الجانى إلا بالحجة وقد بطلت أصلا[1] .

أما إذا كان سبب سقوط الحد الرجوع عن الإقرار فعند من يقولون بسقوط الحد برجوع الجانى عن الإقرار لا يسقط إلا الحد ولكن الجانى يظل مسئولا جنائياً عما يتعلق بحق الأفراد كالقصاص ، كما تبقى مسؤوليته المدنية كاملة لأن إقرار المقر حجة كاملة فى حقه إلا أنه تعذر اعتباره بالنسبة لعقوبته لأن الحدود تدرأ بالشبهات[1] .

أما إذا كان سبب سقوط الحد هو التوبة قبل القدرة فإن كان المحاربون أخذوا المال لا غير ردوه على صاحبه إن كان قائماً وعليهم ضمانه إن كان هالكا أو مستهلكا وإن كانوا قتلوا لا غير اقتص ممن يجب عليه القصاص ومن لا قصاص عليه ألزم الدية وإن اجتمع القتل والمال اجتمع الحكمان السابقان لأن المكافأة لا تهمل إلا فى حالة إقامة الحد أما من يلزمه القصاص من المحاربين فهو من عليه القصاص فى القتل العادى وقد علمنا مدى اختلاف الفقهاء فى اعتبار المباشر والمتسبب والمعين والقاعدة العامة أنه كلما امتنع الحد أو سقط عن القطاع رجع

(١) يراجع ماقيل عن سقوط الحد فى السرقة .

بهم فيما عليهم من جرائم إلى حكم غير القطاع و إلى حكم جرائمهم الخاص . وتراعى فى حالة القصاص والمكافأة عند جمع القائلين بها فى حالة التوبة والرجوع عن الإقرار . وإذا كانوا أخذوا المال وجرحوا فحكم المال ما سبق وحكم الجراحات القصاص فيما يستطاع فيه القصاص والدية فيما فيه الدية كما لو كانت الجراحات حدثت من غير قطع الطريق[1] ويلاحظ أن بعض الشيعة الزيدية يرون أنه يسقط من حقوق الأفراد ما أتلفه المحارب حالا حكما كال استهلاكه أو هلاك فى يده لا كال تصرفه فيه بمقابل .

٦٥٥ — **هل مسؤولية القطاع الجنائية تضامنية ؟** القاعدة العامة فى الحدود أن الحد لا يجب إلا على مباشرة فقط . فيرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن يحد الردء والمعين والطليعة كما يحد مباشر الحرابة . والردء هو الذى يلجأ إليه المحارب إذا هرب أو هزم . والطليعة هى التى تتطلع الطريق وتأتى بالأخبار والمعين هو من يحضر وقت الجريمة ولو أنه لم يباشر الفعل بنفسه . وحجتهم أن المحاربة مبنية على حصول المنفعة والمعاضدة والمناصرة فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة هؤلاء جميعاً ومعاونتهم بخلاف سائر الحدود فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم ووجب قتلهم جميعاً حداً لا تعزيراً وإن أخذ بعضهم المال دون بعض ثبت الأخذ فى حقهم جميعاً ووجب على جميعهم القطع ، وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال قتلوا جميعاً وصلبوا كما لو فعل كل منهم الأمرين معاً فالمحاربون جميعاً المباشرون والمتسببون مسؤولون جنائياً عن الفعل الذى باشره غيره ويذهب المالكيون فى اعتبار التسبب إلى حد بعيد بحيث يعتبرون متسبباً فى الجريمة من يتقوى المحاربون بجاهه[1] ولو لم يأمر بقتل أو يتسبب فيه بفعل ما دام جاهه قد أعان على الحادث حكما .

وإذا كان فى المحاربين صبي أو مجنون أو من لا حد عليه فيرى أبو حنيفة

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣١٨ وما بعدها ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩١ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ .

ومحمد أن لاحد عليهما لأنهما ليسا من أهل الحد ولا حد على غيرهما ممن باشر الجريمة أو أعان عليها أو تسبب فيها ويرى أبو يوسف هذا الرأى إذا كان الصبى أو المجنون هو الذى باشر الجريمة وحده فإن كان المباشر غيرهما فالحد على العقلاء البالغين دون غيرهم [(١)] وحجة أبى حنيفة أن مسؤولية الجمع واحدة فالشبهة فى فعل أحدهم شبهة فى حق الجميع وحجة أبى يوسف أنه إذا كان المباشر هو الصبى أو المجنون فهو الأصل والباقون تبع فإذا سقط الحد عن الأصل سقط عن التابع ويرى أحمد رأى أبى يوسف فعنده أنه لا حد على الصبى والمجنون وإن باشرا القتل وأخذ المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ما أخذا من المال فى أموالهما ودية قتلهما على عاقلهما ولا شىء على الردء لهما لأنه إذا لم يثبت الحد على المباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى أما إذا كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شىء لأنهما لم يثبت فى حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم فى حق الردء يثبت بالمحاربة [(٢)] .

ولا يحد مالك الصبى والمجنون ولكنه يرى الحد على غيرهما فى كل حال سواء باشر الصبى والمجنون أم لم يباشرا . . .

وإذا كان فى المحاربين امرأة فيرى أبو حنيفة أن لاحد عليها ولو باشرت الفعل ولا حد على من معها سواء اشتركوا معها أم لم يشتركوا ولكن أبا يوسف يرى أن المرأة إذا باشرت الفعل وحدها حد من معها من الرجال والرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة أن الرجال والنساء سواء فى الحد [(٣)] .

ويرى مالك وأحمد أن المرأة يلزمها حكم المحاربة كالرجل فإذا باشرت الفعل ثبت حكم المحاربة فى حق من معها لأنهم ردء لها وأعوان وإن فعل ذلك غيرها ثبت ذلك فى حقها لأنها ردء وعون له [(٤)] .

أما الشافعى فلا يرى المسؤولية التضامنية فى الحرابة وإن كان يعتبر الردء

---

(١) بدائع الصنائع ص ٩١ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣١٨ ، ٣١٩ .
(٣) بدائع الصنائع ص ٩١
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٣١٩ .

والطليعة والمعين والمتسبب مسؤولين جنائياً ولـكنه يجعـل مسؤوليتهم تعزيرية باعتبـارهم مرتكبين لمعصية أما الذى يعاقب بالحـد فهو المباشر دون غيره فمن أخذ نصاباً من المال قطع دون غيره ومن قتل كان مسؤولا عن القتل دون غيره ولو كان الغير قد أخذ نصاباً من المال [١] .

٦٥٦ — هل مسؤولية القطاع المدنية تضامنية ؟

يرى مالك أن المحاربين مسؤولون مسئولية تضامنية عن الأموال التى يأخذونها فمن يظفر به منهم يغرم ما لزمهم جميعـاً من أموال النـاس سواء أخذ هـذا المحـارب شيئاً مما انتهب أم لم يأخـذ وسواء جاء تائباً أو قدر عليه غـير تائب وإنما يغرم عمن عـداه حيث لزم من عـداه الغرم لأنه غرم بطريق الضمان إذ كل واحد منهم تقوى بأصحابه وتلك هى القاعدة فى المحـاربين والبغاة والغصاب وفى مذهب مالك [٢] وهـذا هو الحـكم فى السرقة العادية إذا كان السارق قد تعاون مـع غـيره فى إخراج السرقة ، فـكل من لزمه القطع فى السرقة كان مسؤولا بالتضامن عما أخذه غيره ممن وجب عليهم القطع [٣] على أن فى مذهب مالك من يرى أن لا يضمن كل من المحاربين إلا ما أخذه ، وهو رأى غير معمول به [٤] هذه هى القاعدة فى مذهب مالك ويقيدها قاعدة أخرى هى عدم اجتماع الحد والضمان وقد سبق أن ذكرناها فى السرقة فتراجع .

ويذهب أحمـد إلى أن الضمان ليس بحد إلا على المباشر دون الردء والمعين لأن وجوب الضمان ليس بحد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، وإذا تاب المحاربون قبل القـدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان فالمختص بذلك المبـاشر دون الردء ولو وجب الضمان فى السرقة لتعلق بالمباشر دون غيره [٥] .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ــ المذهب ج٢

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١١ . (٣) حاشية العدوى ج ٨ ص ١١١ .

(٤) تبصرة الحـكام ج ٢ ص ٣٦١ . (٥) المغنى ج ١٠ ص ٣١٠ .

أما الشافعى فيجعل الضمان على المباشر دون غيره كمبدأ فى عدم التضامن فى المسؤولية الجنائية .

٦٥٧ — **مسؤولية المحارب إذا كان صبياً أو فاقد العقل** — المحارب الصبى ليس عليه حد وإنما يعزر بما يناسبه وكذلك المجنون لايحد وإنما يعزر بما يمنع شره عن الناس كوضعه فى مصحة أو ما أشبه ، والصبى والمجنون كلاهما مسؤول فى ماله الخاص . إذا أخذ المال ، فإذا قتل فالدية على عاقله عند مالك وأبى حنيفة وأحمد لأنهم يرون أن عمد المجنون والصبى خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً وإذا لم يكن قتله مقصوداً فهو ليس عمدا وإنما هو خطأ أما الشافعى فيرى أن عمد الصبى والمجنون عمد لا خطأ وأن الصغير يعفى من الحد والقصاص ولكنه لا يؤثر على تكييف الفعل لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكا صحيحاً [(١)] .

أما السكران بمحرم فهو مسؤول فى المذاهب الأربعة جنائياً ومدنياً مسؤولية كاملة [(٢)] .

ويرى الظاهريون أن الصبى والمجنون والسكران سكراً أخرجه من عقله لا يؤخذون بحد ولاقود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق » والسكران لا يعقل ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان لاعليه ولاعاقلته لقوله صلى الله عليه وسلم « إن دمائكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » فأموال الصبى والمجنون والسكران حرام بغير نص كتحريم دمائهم ولا نص فى وجوب غرامة عليهم أصلا ، وإيجاب الغرامة شرع فإذا كان بغير نص من قرآن أو سنة فهو شرع فى الدين لم يأذن به الله ولكن إذا كان الله بيان والمجانين والسكارى لا يؤخذون بحدولاقودفعليهم التعزيرفإذا أتى أحدهم

(١) التشريع الجنائى ج ١ ص ٩٥٤ ـ مذهب الشيعة الزيدية .

(٢) التشريع الجنائى ص ٥٨٢ وما بعدها ـ كشاف القناع ج ٣ ص ١٤٠ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ وج ٣ ص ٢٨٣ .

جريمة وجب تعليمه ليكف أذاه حتى يثوب السكران و يفيق المجنون و يبلغ الصبى لقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ وتثقيفهم تعاون على البر والتقوى ، وإهمالهم تعاون على الإثم والعدوان [(١)] .

٦٥٨ — **حكم المال المأخوذ حرابة** — حكم المال فى الحرابة هو وجوب الرد إن كان قائماً بعينه سواء سقط الحد أو لم يسقط ولصاحبه أن يأخذه أينما وجده ، سواء وجده فى يد المحارب أو يد من تصرف إليه فيه وذلك على التفصيل المبين فى باب السرقة وعلى ماذكرناه من خلاف بين آراء الفقهاء .

* * *

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٤٤ ، ٣٤٧ .

الكتاب السادس

البغى

٦٥٩ — *النصوص الواردة فى البغى*: — الأصل فى البغى قول الله جل شأنه ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله، فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا إن الله يحب المقسطين﴾ (١)، ﴿إنما المؤمنون إخوة، فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون﴾ (٢) وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ... الخ﴾.

وهناك نصوص من السنة وردت فى البغى فيروى عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «من أعطى إماماً صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر» رواه مسلم، وروى عرفجة — أنه قال « . ستكون هنات وهنات ـ ورفع صوته ـ ألا من خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان ..» (٣).

وفى رواية أخرى « من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه ».

---

(١) ويستخلص من نص الآية خمس فوائد : الأولى أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإيمان فإنه سماهم مؤمنين ـ الثانية أنه أوجب قتالهم ـ الثالثة أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله الرابعة ـ أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم ـ الخامسة أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقا عليه ـ المغنى ج ١٠ ص ٤.

(٢) الحجرات ٩، ١٠.

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٤٨.

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر ، فإنه من فارق الجماعة شبرا فمات فميتته جاهلية » وفى لفظ «من كره من أمره شيئاً فليصبر عليه فإنه ليس أحد من الناس خرج من السلطان شبرا فمات عليه ، إلا مات ميتة جاهلية » وعن أبى هريرة أن الرسول قال « كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء ، كلما هلك نبى خلفه نبى وأنه لا نبى بعدى وسيكون خلفاء فيكثرون » قالوا فما تأمرنا ؟ ؟ قال : « فوا ببيعة الأول فالأول ثم أعطوهم حقهم فإن الله سائلهم عما استرعاهم » .

وعن عوف بن مالك الأشجعى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خيار أئمتكم الذين تحبونهم ويحبونكم وتصلون عليهم ويصلون عليكم ، وشرار أئمتكم الذين تبغضونهم ويبغضونكم وتلعنونهم ويلعنونكم » قال قلنا يارسول الله ألا ننابذهم ؟ عند ذلك قال « لا ـ ماأقاموا فيكم الصلاة إلا من ولى عليه وال فرآه يأتى شيئاً من معصية الله فليكره مايأتى من معصية الله ، ولا ينزعن يداً من طاعة » .

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله قال « يكون بعدى أئمة لايهتدون بهديى ولا يستنون بسنتى ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين فى جثمان إنس قال قلت كيف أصنع يارسول الله إن أدركت ذلك قال : تسمع وتطيع وإن ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع » .

وعن عبادة بن الصامت قال بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى منشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان .

وعن أبى ذر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «يا أبا ذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الفيء ؟ قال : والذى بعثك بالحق أضع سيفى على عاتقى وأضرب حتى ألحقك ـ قال : أولا أدلك على ماهو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقنى [1]

(١) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٨٠ ، ٨١ .

وعن ابن عمر أن رسول الله قال لعبد الله بن مسعود « هل تدرى يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ قال : الله ورسوله أعلم - قال : لا يجهز على جريحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها »[1]

٦٦٠ - تعريف البغى : يعرف البغى لغة بأنه طلب الشىء فيقال بغيت كذا إذا طلبته ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن موسى ﴿ قال ذلك ما كنا نبغ ﴾[2] ثم اشتهر البغى فى العرف فى طلب مالا يحل من الجور والظلم - وإن كانت اللغة لا تمنع من أن يكون البغى بحق ومن ذلك قوله تعالى ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْىَ بِغَيْرِ الحق ﴾[3].

ويختلف الفقهاء فى تعريف البغى اصطلاحاً لاختلاف مذاهبهم فيه فالمالكيون يعرفون البغى بأنه الامتناع عن طاعة من ثبتت إمامته فى غير معصية بمغالبته ولو تأويلا - ويعرفون البغاة بأنهم فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لمنع حق وجب عليها أو لخلعه[4].

ويعرف الحنفيون البغاة ويستخرجون منها تعريف البغى بأنه الخروج عن طاعة إمام الحق بغير حق ، والباغى بأنه الخارج عن طاعة إمام الحق بغير حق[5]

ويعرف الشافعيون البغاة بأنهم المسلمون مخالفو الإمام بخروج عليه وترك الانقياد له أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاع فيهم[6].

أو هم الخارجون عن الطاعة بتأويل فاسد لا يقطع بفساده إن كان لهم شوكة

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٠٧ - طبعة الحلبى سنة ١٣٤٩ هـ .
(٢) الكهف آية ٦٤ .
(٣) الاعراف آية ٣٣ .
(٤) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ .
(٥) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ .
(٦) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨٢ .

بكثرة أو قوة وفيهم مطاع [1] فالبغى إذن عند الشافعيين هو خروج جماعة ذات شوكة ورئيس مطاع عن طاعة الإمام بتأويل فاسد .

ويعرف الحنابلة البغاة بأنهم الخارجون عن إمام ولو غير عدل بتأويل سائغ ولهم شوكة ولو لم يكن فيهم مطاع [2] ، فالبغى عند الحنابلة لا يختلف فى تعريفه كثيراً عند الشافعية .

ويرى الظاهريون أن البغى هو الخروج على إمام حق بتأويل مخطىء فى الدين أو الخروج لطلب الدنيا [3] .

ويعرف الشيعة الزيدية الباغى بأنه من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو غرم وله فئة أو منعة أو قام بما أمره للامام [4] ، فالبغى هو الخروج على الإمام الحق من فئة لها منعة .

علة اختلاف التعاريف : والعلة فى اختلاف تعريف البغى فى المذاهب الفقهية المختلفة هى الاختلاف على الشروط التى يجب توفرها فى البغاة وليست الاختلاف على الأركان الأساسية للبغى ومحاولة الفقهاء فى أكثر من مذهب أن يجمعوا فى التعريف بين أركان البغى وشروطه ورغبتهم أن يكون التعريف جامعاً مانعاً .

تعريف مشترك : ــ ونستطيع أن نعرف البغى تعريفاً مشتركا تتفق فيه كل المذاهب إذا اكتفينا بإبراز الأركان الأساسية فى التعريف فنقول : إن البغى هو الخروج على الإمام مغالبة .

٦٦١ ــ أركان البغى : ــ وأركان البغى الأساسية كما هو ظاهر من التعريف المشترك ثلاثة : ــ ١ ــ الخروج على الإمام ٢ ــ أن يكون الخروج مغالبة ٣ ــ القصد الجنائى .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٢) شرح المنتهى مع كشاف القناع ج ٤ ص ١١٤

(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٤) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣١

الركن الأول

الخروج على الإمام

٦٦٢ - يشترط لوجود جريمة البغى الخروج على الإمام ، والخروج المقصود هو مخالفة الإمام والعمل لخلعه ، أو الامتناع عما وجب على الخارجين من حقوق . ويستوى أن تكون هذه الحقوق لله أى مقررة لمصلحة الجماعة، أو للأشخاص أى مقررة لمصلحة الأفراد . فيدخل تحتها كل حق تفرضه الشريعة للحاكم على المحكوم ، وكل حق للجماعة على الأفراد ، وكل حق للفرد على الفرد ، فمن امتنع عن أداء الزكاة فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن تنفيذ حكم متعلق بحق الله كحد الزنا ، أو متعلق بحق الأفراد كالقصاص فقد امتنع عن حق وجب عليه ومن امتنع عن طاعة الإمام فقد امتنع عن الحق الذى وجب عليه وهكذا .

ولكن من المتفق عليه أن الامتناع عن الطاعة فى معصية ليس بغياً وإنما هو واجب على كل مسلم لأن الطاعة لم تفرض إلا فى معروف ولا تجوز فى معصية فإذا أمر الإمام بما يخالف الشريعة فليس لأحد أن يطيعه فيما أمر إذ الطاعة لاتجب إلا فيما تجيزه الشريعة [1].

والخروج قديكون على الإمام وهو رئيس الدولة الأعلى وقديكون على من ينوب عنه فمن امتنع عن طاعة الإمام فى معصية فليس باغياً لأن حق الأمر واجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق فليس لآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة وليس لمأمور أن يطيعه فيما يخالف الشريعة. وذلك ظاهر من قوله تعالى: ﴿ فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق» وقوله «من أمركم من

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣٠

الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » وقوله « لاطاعة فى معصية الله إنما الطاعة فى المعروف » وقد احتاط الفقهاء لهذا فى تعريف البغاة .

والإمام وهو رئيس الدولة الإسلامية الأعلى أو من ينوب عنه من سلطان أو وزير أو حاكم أو غير ذلك من المصطلحات ويعبر بعض الفقهاء عن رئيس الدولة الإسلامية الأعلى بالإمام الذى ليس فوقه إمام ، وعمن دونه بالإمام مطلقاً إذا كان مستقلا بجزء من الدولة الإسلامية وبنائب الإمام إذا كان ينوب عن الإمام الأعظم .

والإمامة فرض من فروض الكفاية فى الشريعة الإسلامية كالقضاء ، إذ لابد للأمة من إمام يقيم الدين وينصر السنة وينصف المظلومين ويستوفى الحقوق ويضعها موضعها . ولا خلاف على هذا بين الفقهاء . ويشترط فى الإمام شروط لا محل لذكرها هنا أهمها أن يكون مسلماً ذكراً مكلفاً عدلاً [1] ولا يعتبر الخروج على الإمام قبل أن تثبت إمامته وتثبت الإمامة بأربعة طرق :

١ - باختيار أهل الحل والعقد من العلماء والفقهاء وأرباب الحل والعقد كما حدث فى بيعة أبى بكر على أثر وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم .

٢ - باختيار الإمام السابق لمن يليه كما حدث فى اختيار أبى بكر لعمر حيث عهد إلى عمر بقوله « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ماعهد أبو بكر خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة فى الحال التى يؤمن فيها الكافر ويتقى فيها الفاجر ، إنى استعملت عليكم عمر بن الخطاب فإن بر وعدل فذلك علمى به ورأيى فيه ، وإن جار وبدل فلا علم لى بالغيب ، والخير أردت ولكل امرىء مااكتسب وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون »

ويصح أن يعهد الإمام لولده كما فعل معاوية وغيره من الخلفاء الأمويين والعباسيين وغيرهم ..

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٨ - كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٣٥٩ وما بعدها - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥١٨ .

٣ — يجعل الإمام السابق الأمر شورى فى جماعة معينة يختارون الإمام الجديد من بينهم أو يختاره أهل الحل والعقد كما فعل عمر حيث ترك الأمر شورى فى ستة من الصحابة فاختاروا من بينهم عثمان .

٤ — بالتغلب والقهر حيث يظهر المتغلب على الناس ويقهرهم حتى يذعنوا له ويدعونه إماما فتثبت له الإمامة وتجب طاعته على الرعية ومثل ذلك ماحدث من عبد الملك بن مروان حين خرج على ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً . وإذا ثبتت الإمامة بإحدى هذه الطرق كان الخروج على الإمام بغياً ، أما إذا لم تكن الإمامة ثابتة بإحدى هذه الطرق فلا يعتبر الخارج باغياً ولا الخروج بغياً(١) .

ومع أن العدالة شرط من شروط الإمامة إلا أن الرأى الراجح فى المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية هو تحريم الخروج على الإمام الفاسق الفاجر ولو كان الخروج للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . لأن الخروج على الإمام يؤدى عادة إلى ما هو أنكر مما فيه وبهذا يمتنع النهى عن المنكر لأن من شرطه أن لايؤدى الإنكار إلى ماهو أنكر منذلك ، إلى الفتن وسفك الدماء وبث الفساد واضطراب البلاد وإضلال العباد وتوهين الأمن وهدم النظام . وإذا كانت القاعدة أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه كالفسق إلا أنهم يرون أن لا يعزل إذا استلزم العزل فتنة . أما الرأى المرجوح فيرى أصحابه أن للأمة خلع وعزل الإمام بسبب يوجبه وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم تنصيبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها ويرى بعض هذا

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ٩٤ ، ٩٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٠٥ وما بعدها — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٠ — حاشية الشيبانى .

الفريق أنه إذا أدى الخلع لفتنة احتمل أدنى الضررين[١] .

ويرى الظاهريون أن الخروج على الإمام محرم إلا أن يكون جائراً فإن كان جائراً فقام عليه مثله أو دونه قوتل مع القائم لأنه منكر زائد ظهر ، فإن قام عليه أعدل منه وجب أن يقاتل مع القائم . وإذا كانوا جميعاً أهل منكر فلا يقاتل مع أحد منهم إلا أن يكون أحدهم أقل جوراً فيقاتل معه من هو أجور منه[٢] .

وعلى هذا الرأى بعض المالكيين ، فسحنون يقول بوجوب قتال أهل العصبية إن كان الإمام عدلا وقتال من قام عليه ، فإن كان غير عدل فإن خرج عليه عدل وجب الخروج معه ليظهر دين الله وإلا وسعك الوقوف إلا أن يريد نفسك أو مالك فادفعه عنهما ولا يجوز لك دفعه عن الظالم . ويرى الشيخ عز الدين ابن عبد السلام أن فسق الأئمة قد يتفاوت ككون فسق أحدهم بالقتل وفسق الآخر بانتهاك حرمة الإيضاع وفسق الآخر بالتعرض للأموال فيقوم هذا على التعرض للدماء والإيضاع فإن تعذر قوم المتعرض للايضاع على المتعرض للدماء ، فإن قيل أيجوز القتال مع أحد هؤلاء لإقامة ولايته وإدامة نصرته وهو معصية ، قلنا نعم وفقا لما بين مفسدتى الفسوقيين وفى هذا وقفة وإشكال من جهة كونه إعانة على معصية ولكن درء ما هو أشد من تلك المعصية يجوزه . ونحوه خروج فقهاء القيروان مع أبى يزيد الخارجى على الثالث من بنى عبيد لكفره وفسق أبى يزيد والكفر أشد[٣] ومجموع رأى سحنون والشيخ عز الدين هو رأى الظاهريين .

وعلى الرغم من أن الرأى الراجح فى مذهب مالك هو تحريم الخروج على الإمام الجائر فإن من المنفق عليه فى المذهب أنه لا يحل للإمام الجائر أن يقاتل

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٠ – حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ – أسنى المطالب ج ٤ حاشية الشهاب الرملى ج ٤ ص ١١١ – كشاف القناع ج ٤ ص ٩٥ – الاحكام السلطانية الفراء ص ٥١٤ – تتمة الروض النضير ج ٤ ص ٦ ، ٩ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ – نيل الاوطار ص ٨٤ .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٣٧٢

(٣) حاشية الشيبانى ج ٨ ص ٦٠

الخارجين عليه لفسقه وجوره وعليه قبل كل شيء أن يترك فسقه ثم يدعوهم لطاعته فإن لم يجيبوه كان له أن يقاتلهم[١] .

ومن المتفق عليه في كل المذاهب الشرعية أن قتال الخارجين لا يجوز قبل سؤالهم عن سبب خروجهم فإذا ذكروا مظلمة أو جوراً وكانوا على حق وجب على الإمام أن يرد المظالم ويرفع الجور الذي ذكروا ثم يدعوهم للطاعة وعليهم أن يرجعوا للطاعة فإن لم يرجعوا قاتلهم والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿ وإنْ طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ .

ـ فأمر الله تعالى بالإصلاح ثم بالقتال فلا يجوز أن يقدم القتال على الإصلاح ولا يكون الإصلاح إلا برد المظالم ورفع الجور[٢] .

والخارجون على ثلاثة أنواع عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد :

١ ـ الخارجون بلا تأويل سواء كانوا ذوى منعة أو شوكة أو لا منعة لهم .

٢ ـ الخارجون بتأويل ولكن لا منعة لهم .

٣ ـ الخارجون بتأويل وشوكة وهم قسمان :

(ا) الخوارج ومن يذهبون مذهبهم ممن يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(ب) الخارجون بتأويل ولهم منعة وشوكة ممن لا يذهبون مذهب الخوارج ولا يستحلون دماء المسلمين ولا يستبيحون أموالهم ونساءهم[٣] .

والتأويل المقصود هو ادعاء سبب للخروج والتدليل عليه ويستوى أن

---

(١) شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ـ شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٠ ، ٦١ ـ المحلى ج ١١ ص ٩٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ ـ المغنى ج ١٠ ص ٤٨ ، ٥٢ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣

يكون التأويل صحيحاً أو فاسداً لا يقطع بفساده ويعتبر التأويل فاسداً إذا أولوا الدليل على خلاف ظاهره ولو كانت الأدلة على التأويل ضعيفة كادعاء أهل الشام في عهد على بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم مع أن هذا الادعاء صادر ممن لا يعتد بقولهم وشهادتهم.

وكتأويل بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم طبقا لقوله تعالى ﴿ خُذْ من أموالهم صدقةً تطهرهم وتزكّيهم بها وصلّ عليهم إنّ صلاتك سكَنٌ لهم ﴾.

وكادعاء الخوارج الذين خرجوا من عسكر على بعد صفين أنه كفر ومن معه من الصحابة حيث حكم الرجال في أمر الحرب الواقعة بينهم وبين معاوية وقالوا إنه حكم الرجال في دين الله والله تعالى يقول ﴿ إن الحكم إلا لله ﴾ وتلك كبيرة ومرتكب الكبيرة في رأيهم كافر، فإذا كان التأويل مقطوعاً بفساده فلا يعتبر أن هناك تأويلا ما[1].

والمنعة أو الشوكة هي الكثرة أو القوة، كثرة عدد الخارجين أو قوتهم بحيث يمكن معها مقاومة تدعوه إلى احتمال كلفة من بذل مال وإعداد رجال ونصب قتال ونحو ذلك ليردهم إلى الطاعة. ويعتبرون في مذهب أحمد النفر اليسير كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ممن لا منعة لهم ولو كانوا مسلحين يحسنون القتال[2].

ويشترط الشافعيون لوجود المنعة والشوكة أن يكون في الخارجين مطاع ولولم يكن إماما عليهم يسمعون له ويطيعون لأن الشوكة لا تتم إلا بوجوده إذ يصدرون عن رأى واحد ويعملون يداً واحدة ولأنه لا شوكة لمن لا مطاع لهم.

فمهما بلغ عدد الخارجين ومهما كانت قوتهم فلا شوكة ما لم يكن فيها مطاع

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢، ٣٨٣ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ٤٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣.

وحكم الخارجين بلا تأويل والخارجين بتأويل ولا شوكة لهم عند أبي حنيفة وأحمد هو حكم قطاع الطريق فيعاملون على هذا الأساس ، وكتب الحنابلة والأحناف تجعل حكمهم حكم قطاع الطريق دون تفاصيل مما قد يوهم بأنهم يقرون كذلك دون قيد ولا شرط . أما حكمهم عند الشافعى فهو حكم غيرهم من أهل العدل ويحاسبون على ما يأتونه من أفعال فإن كونت جريمة الحرابة عوقبوا على الحرابة وإن كونت جرائم أخرى عوقبوا عليها . ويلاحظ أن لافرق بين الحنفيين والحنابلة وبين الشافعيين فى هذه المسألة لأن الأحناف والحنابلة وإن اعتبروهم محاربين إلا أنهم لا يعاقبونهم بعقوبة الحرابة إلا إذا توفرت شروط الحرابة ، وإذا سموهم قطاعاً بإطلاق لأن الخارجين إذا لجأوا للقوة فلن يفعلوا إلا أن يخيفوا الطريق ويأخذوا الأموال ويقتلوا من تعرض لهم فتكون جرائمهم بطبيعة الحال وظروف الخروج حرابة فكأنهم نظروا إلى واقع الحال فى إعطائهم حكم المحاربين ـ أما الشافعيون فنظروا إلى الأصل وقالوا إنهم من أهل العدل فإذا ارتكبوا جريمة وتوفرت شروطها أخذوا بها وهكذا لا نجد ثمة فرق بين الفريقين وإن اختلفوا فى تعبيراتهم (١) .

وإذا كان الرى الراجح فى مذهب أحمد أن المتأول بلا شوكة يعتبر محارباً فإن بعض فقهاء المذهب لا يشترط الشوكة مع التأويل فلا فرق عنده بين الكثير والقليل ما دام الخروج أساسه التأول ويعتبر المتأول بلاشوكة باغياً لامحاربا وحجة القائلين بالشوكة أن ابن ملجم لما جرح علياً قال على للحسن إن برئت رأيت رأيى وإن مت فلا تمثلوا به لم يثبت لفعله حكم البغاة كما أن إثبات حكم البغاة للعدد اليسير يشجع على الخروج ويؤدى إلى إتلاف أموال الناس لأن البغاة يسقط عنهم ضمان ما أتلفوه (٢) وحجة الذين لا يشترطون الشوكة أن الخروج أساسه التأول

---

(١) شرح فتح القدير ص ٤٨ ، ٤٩ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤٠ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٤٨ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٩ .

لاالشوكة وعقيدةالخارج لاعدد من يشاركونه تلك العقيدة فلامعنى لاشتراط الشوكة.

أما الخارجون بتأويل وشوكة فهم البغاة عند أبي حنيفة والشافعي سواء رأوا رأى الخوارج أو لم يروه ، ولا تعتبر الخوارج عندهما كفرة ولا فسقة وإنما بغاة لاغير [١] .

واختلف الحنابلة فى الخوارج الذين يكفرون بالذنب ويكفرون عثمان وعلياً وطلحة والزبير وغيرهم من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويرون سبي نسائهم ، فالبعض يراهم بغاة لا غير ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء ، والبعض يراهم بغاة وفسقة فى وقت واحد ، ويرون استتابتهم فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وهذا هو رأى مالك وسنذكره فيما بعد . على أن أبا حنيفة يعتبر أيضاً الخوارج فسقه باعتقادهم ولكنه يعاملهم معاملة البغاة ولا ينظر إلى الفسق إلا فى قبول شهادتهم وقضائهم [٢] .

ويرى البعض الآخر - ورأيهم الراجح فى مذهب أحمد - أن الخوارج مرتدون فحكمهم حكم المرتدين لا حكم البغاة ومن ثم تباح دماؤهم وأموالهم فإن تحيزوا فى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار وإن كانوا فى قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين فإن تابوا وإلا قتلوا حداً وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون وحجة أصحاب هذا الرأى ما رواه أبو سعيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « يخرج قوم يحقرون صلاتكم مع صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرؤون القرآن لايجاوز حناجرهم ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، ينظر فى النصل فلا يرى شيئاً وينظر فى القدح فلا يرى شيئاً ، وينظر فى الريش فلا يرى شيئاً ويتمادى فى الفوق » .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٨ ، ٤٩ - بدائع الصنائع ج ٨ ص ١٤٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٢ ، ٣٨٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ ، ١١٣ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

وفى رواية أخرى «يخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان، سفهاء الأحلام يقولون من خير قول البرية - يقرؤون القرآن لا يجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فإن لقيتهم فاقتلهم فإن قتلهم أجر لمن قتلهم يوم القيامة » .

أما القائلون بأنهم بغاة أو بغاة فسقة فيحتجون بأنه لم يقل بتكفيرهم أحد من الفقهاء - وإنما الذى قال به بعض فقهاء الحديث لا كلهم ، ويفسرون عبارة « يتمادى فى الفوق » بأن الحديث لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشىء بحيث يشك فى خروجهم منه ، ويحتجون أيضاً بما روى عن على ، أنه لم يقاتل أهل النهروان إلا بعد أن قتلوا عبد الله بن خباب وأنه لم يبدرهم بقتال ، وقال لأصحابه لا تبدروهم بقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله فحينئذ استحل قتالهم لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب القتل، ولو كانوا كفاراً لبدرهم بالقتال ولما طالب بالقود من قتلة عبد الله بن خباب ، كذلك يحتجون بما ذكره ابن عبد البر عن على ، أنه سئل عن أهل النهروان أكفارهم؟ قال : من الكفر فروا . قيل فمنافقون ؟ قال : إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلا : قيل فماهم ؟ قال : هم قوم أصابتهم فتنة فعموا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقاتلونا فقاتلناهم. وأخيراً فإنهم يحتجون بأن ابن ملجم لما جرح علياً قال للحسن : أحسنوا إساره فإن عشت فأنا ولى دمى، وإن مت فضربة كضربتى ، أى أنه أشار بالقصاص منه ولو كان كافراً لما اقتص منه لأن الكافر مباح الدم بكفره [(١)] .

ويختلف مذهب مالك عن المذاهب الثلاثة فيمن يعتبره باغياً ،فالباغى عند مالك هو كل من امتنع عن الطاعة فى غير معصية بمغالبة ولو تأويلا ، فكل من خرج بمغالبة فهو باغ سواء كان متأولا أو غير متأول ، ذا منعة وشوكة أو ليس له شوكة ولا منعة ، ويجوز أن يكون الباغى فرداً واحداً ويجوز أن يكون البغى من أكثر من واحد ، والخوارج الذين يكفرون بعض الصحابة ومن على

(١) المغنى ج ١٠ ص ٤٨ - ٥٢ . كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ .

غير رأيهم من المسلمين ويستحلون الدماء والأموال وسبي النساء ، هم عند مالك بغاة وليسوا كفرة وإنما هم فسقة فى رأيه ولهذا يرى إذا ظفر بهم الإمام العدل أن يستتيبهم وغيرهم من أهل الأهواء [١] .

ومذهب الظاهريين على أن البغاة قسمان لا ثالث لهما ، قسم خرجوا على تأويل فى الدين فأخطأوا فى تأويلهم كالخوارج وما جرى مجراهم من سائر الأهواء المخالفة للحق ، وقسم أرادوا لأنفسهم دنيا فخرجوا على إمام حق أو على من هو فى السيرة مثلهم فإن تمدت هذه الطائفة إلى إخافة الطريق أو إلى أخذ مال من لقوا أو سفك الدماء هملا ، انتقل حكمهم إلى حكم المحاربين وهم مالم يفعلوا ذلك فى حكم البغاة . والمتأولون قسمان : قسم أخطأ فى التأويل وله عذر فى تأويله كأصحاب معاوية وقسم من المتأولين لا عذر له فى تأويله كمن قام برأى الخوارج ليخرج الأمر على قريش أو ليرد الناس إلى القول بإبطال الرجم أو تكفير أهل الذنوب أو استقراض المسلمين أو قتل الأطفال والنساء وإظهار القول بإبطال القدر أو إلى منع الزكاة ، فهؤلاء وأمثالهم لا عذر لهم بالتأويل الفاسد لأنها جهالة تامة . والقائمون لغرض الدنيا أو للعصبية كما فعل يزيد بن معاوية ومروان بن الحكم وعبد الملك بن مروان فى القيام على ابن الزبير ، وكما فعل مروان بن محمد فى القيام على يزيد بن الوليد ، فهؤلاء لا يعذرون لأنهم لا تأويل لهم أصلا وعملهم بغى مجرد [٢] .

أما من قام يدعو إلى أمر بمعروف أو نهى عن منكر أو إلى إظهار القرآن والسنن والحكم بالعدل فليس باغياً بل الباغى من خالفه . فإذا أريد بظلم فمنع نفسه فإنه على حق سواء أراده الإمام أو غيره [٣] .

ويرى الظاهريون أن البغاة ليسوا فقط من خرجوا على الإمام وإنما الباغى

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص٢٧٧ ، ٢٧٨ـ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص٦٠ ، ٦١ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٦٢ .
(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨
(٣) المحلى ج ١١ ص ٩٨

هو من بغى على أخيه المسلم ـ فيجوز أن يكون الباغي سلطانا و يجوز أن يكون فرداً فإذا كان الباغي هو السلطان كان على المسلمين أن يقاتلوا الباغي حتى يفيء إلى أمر الله وعلى هذا يصح أن يكون الباغي فرداً و يصح أن يكون جماعة[1] .

وخلاصة رأى الظاهريين أن كل من خرج مغالبة على الإمام بتأويل أو غير تأويل فهو باغ سواء كان فرداً أو جماعة مالم يكن خروجه بحق فإنه ليس باغيا .

والباغي عند الشيعة الزيدية هو من يظهر أنه محق والإمام مبطل وحاربه أو عزم على المحاربة وله فئة أو منعة ـ أو قام بما أمره للامام[2] .

فالبغي لا يكون إلا من جماعة يكون لهم منعة وعدد وتأويل وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد إلى حد كبير . كما يتفق مذهب الظاهريين مع مذهب مالك ولا يعتبر الخارج بحق باغيا عند بعض المالكيين وأبي حنيفة والظاهريين[3] ، وعلى مثل هذا الرأى الشيعة الزيدية[4] .

أما عند الشافعي وأحمدو بعض المالكيين فيعتبر الخارج باغيا ولو كان خارجا بحق وسواء كان على صواب أو على خطأ لأن الخروج ليس هو الطريق الصحيح الذي يؤدى لإقرار الحق وتصحيح الخطأ ، فإذا لم يكونوا بغاة فيما يطلبون فهم بغاة في اختيار الوسيلة التي يريدون بها الوصول إلى حقهم لأنها تؤدى إلى الفساد وزعزعة أركان الدولة ـ ولأنه من المحرم عليهم الخروج على من تثبت إمامته ، لأن من ثبتت إمامته تجب طاعته ـ على أن في مذهب الشافعي من يرى أن الخروج على الإمام الجائر ليس بغياً إذا كان الخروج لإزالة جور أو ظلم ولكن رأيهم مرجوح في المذهب[5] .

ويعتبر الخروج بحق في مذهب أبي حنيفة وعند القائلين من المالكيين إذا

(١) المحلي ج ١١ ص ٩٩

(٢) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣١

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٧ ـ شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ص ٦٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ ـ المحلي ج ١١ ص ٩٨ ، ٩٩ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٦

(٤) تتمة شرح الروض النضير ص ٨ ، ٩ مع المجلد الرابع .

(٥) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملي ج ٤ ص ١١١ ـ كشاف القناع ج ٤ ص٩٦

كان الخارجون قد فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به الإمام وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم ، لأن فى ذلك إعانة على الظلم وتعاون على الإثم والعدوان . ويرون فى مذهب مالك أن على الناس أن يعينوا الخارجين على الإمام ، بينما يرى الحنفية أن ليس للناس إعانة الخارجين لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام . أما إذا كان الخروج بدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل بغى عند أبى حنيفة ، وعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر الإمام على هؤلاء الخارجين . أما المالكيين فيرون نصر الخارجين إذا كان الخارج عليه عدلا أو كان أقل فسقاً وجوراً مادام الإمام جائراً فاسقاً[١] .

ويعتبر الخروج بحق فى مذهب الظاهريين إذا كان لظلم ظلمهم به الإمام أو كان للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فتعرض لهم الإمام أو خرج على الإمام الجائر إمام عدل أو أقل فسقاً وجوراً[٢] .

ويفترق مذهب الظاهريين عن المذاهب الأربعة ومذهب الشيعة الزيدية فى اعتبار السلطان باغياً . فهذه المذاهب لاتعتبر السلطان باغياً ولو كان جائراً وإنما البغاة هم الخارجون على الإمام . وقد رأينا أن بعض الفقهاء يعتبرون الخارجين بغاة سواء كانوا على حق فى خروجهم أو كانوا على غير الحق بينما يراهم البعض بغاة إذا كانوا على غير الحق فقط فإن كانوا على حق فليسوا بغاة على أن القائلين بهذا يرون هم ومخالفوهم أن الإمام ليس له أن يقاتل الخارجين قبل أن يسألهم عن سبب خروجهم فإذا ادعوا مظلمة أو شبهة . كان على الإمام أن يرد المظالم ويكشف الشبهات ثم يدعوهم بعد ذلك للطاعة فإن لم يعودوا قاتلهم لأنهم يصبحون بامتناعهم عن العودة للطاعة بغاة ولو كانوا قد خرجوا فى أول الأمر بحق[٣]

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٣٧ ـ حاشية الشيبانى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٠ ومواهب الجليل ص ٢٧٧

(٢) المحلى ج ١١ ص ٩٧ ، ٩٨

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ٥٣ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٧ ، ٤٢٩ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ ـ شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ .

الركن الثانى

أن يكون الخروج مغالبة

٦٦٣ — يشترط ليكون الخروج بغياً أن يكون مغالبة أى أن يكون استعمال القوة هو وسيلة الخروج وأن يكون الخروج مصحوباً بالمغالبة أى باستعمال القوة ، فإذا كان الخروج غير مصحوب باستعمال القوة فلا يعتبر بغياً كرفض مبايعة الإمام بعد أن بايعت له الأغلبية ولو نادى الخارجون بعزل الإمام أو بعصيانه وعدم طاعته أو بالامتناع عن أداء ما عليهم من واجبات تقوم الدولة على استيفائها . ولكن إذا فعل الخارجون شيئاً محرماً عوقبوا عليه باعتباره جريمة عادية ومثل الامتناع عن البيعة ما وقع من بعض الصحابة فى صدر الإسلام . فقد امتنع على عن مبايعة أبى بكر أشهراً ثم بايع ، ورفض سعد ابن عبادة مبايعته ولم يبايعه حتى مات . وكامتناع عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير عن المبايعة ليزيد . ومن الأمثلة على ذلك ما وقع من الخوارج فى عهد على . فإن علياً لم يتعرض لهم حتى استعملوا القوة ، ولم يعتبرهم بغاة إلا بعد استعمالها . وكان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد لا حكم إلا لله وهى عبارة كان الخوارج يتنادونها يعرضون بقبول على التحكيم . فقال على كلمة حق أريد بها باطل : لكم علينا ثلاث لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نمنعكم من الفىء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال . وكان يصلى يوماً فناداه رجل من الخوارج لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين . يعرض به على اعتبار أنه كفر بقبول التحكيم فأجابه على : فاصبروا إن وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون . ويدللون على هذا بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة — فلأن لا تتعرض لأهل البغى

وهم من المسلمين أولى . وتلك كانت سيرة عمر بن عبد العزيز فى الخوارج - كتب إليه عدى بن أرطأة أن الخوارج يسبونك فكتب إليه إن سبونى فسبوهم ، وإن شهروا السلاح فأشهروا عليهم، وإن ضربوا فاضربوا. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى الولاة فى شأن الخوارج فقال : إن كان رأى القوم أن يسيحوا فى الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ، ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين ، فليذهبوا حيث شاؤوا ؛ وإن كان رأيهم القتال فوالله لو أن أبكارى خرجوا رغبة عن جماعة المسلمين لأرقت دماءهم ألتمس بذلك وجه الله .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً مقالة على بعد أن جرحه ابن ملجم قال: على أطعموه واسقوه واحبسوه . فإن عشت فأنا ولى دمى أعفو إن شئت ، وإن شئت استقدت وإن مت فاقتلوه ولا تمثلوا به . فقد اعتبر على جريمة ابن ملجم جريمة عادية ولم يعتبره باغياً لأن خروجه لم يكن مغالبة [1] .

ويروى الحضرمى يقول : دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة ، فإذا نفر خمسة يشتمون عليا وفيهم رجل عليه برنس يقول : أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه عنه فأتيت به علياً ، فقلت : إنى سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال إذن ويحك من أنت؟ فقال أنا سور المنقرى . فقال على : خل عنه. فقلت : أخلى عنه وقد عاهد الله ليقتلنك !! قال : أفأقتله ولم يقتلنى [2] ؟

ويعتبر الخروج بغياً عند مالك والشافعى وأحمد والظاهريين حينما يبدأ الخارجون باستعمال القوة فعلا - أما قبل استعمالها فلا يعتبر الخروج بغياً ولا يعتبرون بغاة ويعاملون كما يعامل العادلون ولو تحيزوا فى مكان وتجمعوا ولو كانوا يقصدون استعمال القوة فى الوقت المناسب ولكن ليس ثمة مايمنع من

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ - شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦٠ - المغنى ج ١٠ ص ٥٨ ، ٦٠ - وكشاف القناع ج ٤ ص ٩٩

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩

منعهم من التحيز وتعزيرهم على التجمع بقصد استعمال القوة وإثارة الفتنة . أما أبو حنيفة فيعتبرهم بغاة ، ويعتبر حالة البغى قائمة من وقت تجمعهم بقصد القتال والامتناع من الإمام لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع . ومذهب الشيعة الزيدية يماثل مذهب أبى حنيفة فى هذا ، والأصل عند الجميع أن البغاة لا يحل قتالهم إلا إذا قاتلوا فمن نظر إلى حقيقة القتال اشترط أن يقع القتال فعلا ومن نظر إلى وجودهم فى حالة قتال اكتفى بتجمعهم بقصد القتال والامتناع [(١)] على أن الرأى الراجح فى مذهب أحمد يرى قتل الخوارج لأنهم كفار بتكفيرهم المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم .

ولا يبدأ الإمام قتال الخارجين إلا بعد أن يراسلهم ويسألهم عن سبب خروجهم فإن ذكروا مظلمة أزالها أو شبهة كشفها لأن ذلك طريق إلى الصلح ووسيلة إلى الرجوع إلى الحق ، وقد فعل على هذا فى وقعة الجمل وفعله مع الحرورية ولأن الله جل شأنه يقول ﴿ فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى ﴾ فيجب أن يتقدم ما قدمه الله وهو الصلح ويتأخر ما أخره وهو القتال ثم يدعوهم بعد ذلك للطاعه فإن استجابوا وإلا قاتلهم إلا أن يعاجلوه بالقتال فله أن يقاتلهم دون أن يسألهم . ويرى أحمد أن له هذا أيضا إذا خشى كلبهم فليس من المتعين أن يراسلهم [(٢)] .

وقد راسل على أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، وأمر أصحابه أن لا يبدأوهم بقتال ثم قال : هذا يوم من فلج فيه فلج يوم القيامة ثم سمعهم يقولون الله أكبر يا ثارات عثمان فقال : اللهم اكب قتلة عثمان على وجوههم . كذلك بعث عبدالله ابن عباس للحرورية فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ – الروض النضير ج ٤ ص ٣٣١ – شرح الزرقانى حاشية الشيبانى ج ٨ ص ٦٠ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٨٣

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٥٣ – كشاف القناع ج ٤ ص ٩٦ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٩ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ – المحلى ج ١١ ص ٩٩

وإنما وجبت المراسلة والدعوة للطاعة لأن المقصود من القتال هو كفهم ودفع شرهم لا قتلهم ؛ فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سأله الخوارج الأنظار لمدة معينة أنظرهم إن رأى فى ذلك مصلحه ، وإن ظن أنهم يريدون المهلة ليكيدوا له لم ينظرهم ثلاثة أيام (١) ويشترط الزيدية أن تكون الدعوة للطاعة ، وإذا أمكن دفع البغاة بدون القتل لم يجز قتلهم لأن المقصود دفعهم وليس إهلاكهم ولأن المقصود إذا حصل بما دون القتل لم يجز القتل من غير حاجة .

وإذا حضر مع البغاة من لا يقاتل فيرى الحنابلة أنه لا يجوز قتله ، وهذا هو رأى بعض الشافعيين ، ويرى الآخرون قتله ما دام فى صف البغاة ولو لم يقاتل لأنه يعتبر ردءاً لهم ؛ والظاهر فى المذاهب الأخرى أن حكم من حضر المعركة وكان فى صفوف البغاة أن له حكمهم إذا أمكن اعتباره فى مركز المقاتل أو المدافع (٢) .

وتعتبر حالة البغى قائمة طالما كان الباغى فى مركز المقاتل أو المدافع . فمن ألقى سلاحه من البغاة أو كف عن القتال أو استسلم أو عجز عن القتال كالجريح جرحاً يمنعه من القتال أو حرب غير متحيز إلى فئة أو متحرفاً لقتال فلا يجوز قتله لأنه لا يجوز قتاله حيث زالت حالة البغى وهى استعماله القوة . وعلى هذا لا يقتل المدبر ولا الأسير ولا يجهز على الجريح سواء كانت حالة الحرب قائمة أو انتهت وهذا هو ما يراه الشافعى وأحمد . وفى مذهب أحمد لا يتبع المدبر أصلا ولا يقتل ولو كان متحيزاً إلى فئة (٣) .

ومذهب الشافعى ، على اتباع المنهزمين إذا انهزموا مجتمعين أو انسحبوا

---

(١) شرح الازهار ص ٥٣٨ — المغنى ج ١٠ ص ٥٤ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ المحلى لابن حزم ص ١١٦

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٥٥ — المهذب ج ٢ ص ٢٣٥ — المحلى ج ١١ ص ١٠٠

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٣ — كشاف القناع ص ٩٨

بنظام وكانوا غير متفرقين ، فإذا انهزموا متفرقين بحيث تزول شوكتهم لم يتبعوا ، وإلا أتبعوا حتى يتبددوا وتزول شوكتهم ، ومن تخلف منهم عجزاً أو ألقى سلاحه تاركا للقتال ، لم يقاتل ، ويقاتل من ولى متحرفاً للقتال أو متحيزاً لفئة قريبة أو بعيدة (١) .

فإذا انهزموا وولوا مدبرين ، فإن كانت لهم فئة ينحازون إليها فيبقى لأهل العدل أن يقتلوا مدبرهم ويجهزوا على جريحهم لئلا يتحيزوا إلى الفئة فيمتنعوا بها فيكروا على أهل العدل ، وأما أسيرهم فإن شاء الإمام قتله استئصالا لشأفتهم وإن شاء حبسه لاندفاع شره بالأسر والحبس ، وإن لم يكن لهم فئة يتحيزون إليها لم يتبع مدبرهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل أسيرهم (٢) وبعض أصحاب الشافعي يرون رأى أبي حنيفة (٣) .

والقاعدة عند مالك أن لا يتبع المنهزم ولا يجهز على الجريح إلا إذا خيف منهم أو انحازوا إلى فئة ، ففي هذه الحالة يتبع المنهزم ويذفف على الجريح أما الأسير فإذا كانت الحرب قائمة فللإمام قتله ولو كانوا جماعة إذا خيف أن يكون منهم ضرر ، فإذا انقطعت الحرب فلا يقتل (٤) . على أن بعض المالكيين يمنع قتل الأسير وتتبع المدبر والإجهاز على الجريح بصفة مطلقة (٥) .

ويرى الظاهريون أنه لا يجوز قتل الأسير بأى حال ولو أن قتله كان مباحاً قبل الأسار لأن حل قتله قبل الاسار ليس مطلقاً ، وإنما الذى أحل قتله هو قتاله أو دفاعه ، فإذا لم يكن باغياً أى مقاتلاً أو مدافعاً حرم قتله لزوال حالة البغى ، وهو إذا أسر فليس حينئذ باغيا ولا مدافعا فدمه محرم وكذلك لو ترك

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ .

(٢) بدائع الصنائع ص ١٤٠ ، ١٤١ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ ، ٤١٢ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٦٣

(٤) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨

(٥) مواهب الجليل ص ٢٧٧

القتال وقعد مكانه ولم يدافع لحرم دمه وإن لم يؤسر لأن الله جل شأنه قال: ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ فمن فاء فلا يقاتل ، وإنما حل قتال الباغي بمقاتلته ولم يحل قتله قط في غير المقاتلة [(١)] وكذلك الحكم في الجرحى لأن الجريح إذا قدر عليه فهو أسير وأما ما لم يقدر عليه وكان ممتنعاً فهو باغ . أما المدبرون فإن كانوا تاركين للقتال جملة منصرفين إلى بيوتهم فلا يحل اتباعهم أصلا وإن كانوا متحازين إلى فئة أو لاذين بمعقل يمتنعون فيه أو زائلين عن الغالبين لهم من أهل العدل إلى مكان يأمنونهم فيه ثم يعودون إلى حالهم فيتبعون [(٢)] لأن الله افترض قتالهم حتى يفيئوا لأمر الله ولم يفيئوا بعد . ومذهب الشيعة الزيدية كمذهب أبي حنيفة [(٣)] .

وإذا قتل من البغاة أسير أو جريح أو مدبر عند من لا يجيزون قتله فقاتله مسؤول عن قتله جنائيا . ويرى بعضهم القصاص من القاتل لأنه قتل معصوما لا شبهة في قتله . ويرى البعض أن لا قصاص لأن في قتلهم اختلافا بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص عند من يقولون بأن الشبهات تدرأ الحدود والظاهريون لا يعترفون بأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فمقتضى مذهبهم القصاص في كل الأحوال [(٤)] .

ويحبس الأسرى إلا من دخل منهم في الطاعة فيخلى سبيله ويظلون محبوسين حتى تنتهي الحرب . وإذا كان الأسير امرأة أو صبياً أو شيخاً فانياً أخلى سبيلهم ولم يحبسوا في رأي . وفي الرأي الآخر يحبسون لأن في ذلك كسراً لقلوب البغاة. والرأيان في مذهب أحمد والشافعي ، أما مالك وأبو حنيفة فيريان الحبس [(٥)]

---

(١) المحلى ج ١١ ص ١٠٠ (٢) المحلى ج ١١ ص ١٠١

(٣) شرح الروض النضير ج ٤ ص ٣٣٢ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٤

(٤) المغني ج ١٠ ص ٦٤ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٦

(٥) المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ - المغني ج ١٠ ص ٦٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢ - شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ .

ويجوز تبادل الأسرى وأخذ الرهائن بين الفريقين عند الضرورة ولكن لا يجوز لأهل العدل قتل الأسرى أو الرهائن على سبيل المعاملة بالمثل لو قتل البغاة الرهائن أو الأسرى لأنهم مسلمون غير مقاتلين ولا مغالبين مع ملاحظة ما سبق أن قلناه من أن بعض الفقهاء يجيز قتل الأسرى فى حالة قيام الحرب ، أما منع قتل الرهائن فلا خلاف فيه لأنهم غير مقاتلين ولأنهم صاروا آمنين بالموادعة(١) .

ويرى مالك وأبو حنيفة أنه يجوز قتال البغاة بما يعم إتلافه كالتحريق والتغريق ورمى المنجنيق ويقاتلون بكل ما يقاتل به المشركون ، لأن القتال مقصود به دفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يؤدى لذلك(٢) . ويرى بعض المالكيين أن لا يقاتلوا بما يعم إتلافه إذا كان فيهم نساء وذرية ولا يراه البعض الآخر(٣) .

ومذهب الشافعى وأحمد على أن لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من يقاتل وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، أما إذا قاتل البغاة بما يعم إتلافه فيجوز قتالهم بمثله(٤) .

ويجيز الشيعة الزيدية القتل بما يعم إتلافه بشرطين أولهما : أن يتعذر الوصول إلى البغاة إلا بذلك كأن يتحصنوا فى حصن أو بيوت مانعة أو فى سفينة البحر ثانيهما : أن يكون بينهم من لا يجوز قتله كالصبيان والنساء ، فإن لم يجتمع

---

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧ ، ١١٨ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ - المغنى ج ١٠ ص ٦٤ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١١ .

(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦١

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ - المغنى ج ١٠ ص ٥٧

هذان الشرطان فلا يجوز استعمال مايعم إتلافه إلا لضرورة ملحة[١] .

ويجيز الظاهريون القتال بما يعم تلفه بشرط أن لا يؤدى إلى قتل غير البغاة لأن من لم يقاتل لا يحل قتله[٢]

ويكره للعادل قتل أبيه أو أمه إذا كان أحدهما باغياً ولكن القاتل يرث القتيل مع هذا لأنه عمد غير عدوان ، ولا يكره قتل الجد ولا الأخ ولا الابن[٣] . أما أبو حنيفة فيكره للعادل أن يقتل باغيا ذا رحم محرم منه ابتداء إلا إذا أراد الباغى قتله فله أن يدفعه ، ولا يحرم العادل ميراث الباغى ، أما الباغى إذا قتل العادل فيحرم من ميراثه عند أبى يوسف . وعند أبى حنيفة ومحمد ، لا يحرم إن كان يعتقد أنه قتله بحق ، ولا يزال على هذا الاعتقاد[٤] .

ومذهب الشافعى كمذهب أبى حنيفة فى كراهة القتل ، ولكنه لا يورث العادل ولا الباغى شيئاً من مال المقتول لعموم قوله صلى الله عليه وسلم «ليس لقاتل شىء» وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما : يكره قتل ذى الرحم المحرم ، والثانى لا يرثه لأنه ليس لقاتل شىء ، وأما الباغى إذا قتل العادل فإنه لا يرثه لأنه قتله بغير حق[٥] .

وحجة القائلين بالكراهة قوله تعالى : ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم ، فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفاً ﴾ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كف أبا حذيفة ومنعه عن قتل أبيه .

ورأى الظاهريين أن قتل ذى الرحم غير مكروه وإن كانوا لا يختارون أن يعمد المرء إلى أبيه أو أخيه خاصة مادام يجد غيرهما ، فإن رأى أباه أو أخاه يقصد مسلماً ، كان عليه أن يدفعه عن المسلم[٦] .

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤١ ، ٥٤٢
(٢) المحلى ج ١١ ص ١١٦ ، ١١٧
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٤١ ، ١٤٢ — شرح فتح القدير ج٤ص ٤١٤، ٤١٦
(٥) المغنى ج ١٠ ص ٦٧ ، ٦٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥
(٦) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

ولكن الشيعة لايجيزون للمسلم أن يقتل ذا رحمه ولو كان كافراً إلا لأحد وجهين: أحدهما. أن يقتله مدافعة عن نفسه أو غيره. الثانى: أن لايندفع إلا بالقتل، ويرث العادل الباغى إذا قتله[1].

والبغى إذا كان يحل مقاتلة البغاة ويبيح دماءهم طالما كانوا باغين، إلا أنه لايبيح أموالهم حتى فى حالة البغى، فتظل أموالهم معصومة ولو وقعت فى يد العادلين - ويرى مالك أنه لا يجوز قطع أشجارهم ولا هدم دورهم ولا إتلاف موالهم وإنما للإمام أن يستعين بأموال البغاة التى يمكن استعمالها فى القتال فيقاتلهم بها كالأسلحة والخيل والإبل حتى إذا تغلب عليهم — رد عليهم ما استعان به وغيره[2].

ويرى أبو حنيفة أن أموال البغاة تظل على ملكهم لأن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر بعد الهزيمة، ولا يفتح باب، ولا يستحل فرج ولا مال - وبعد موقعة النهروان جمع ماغنم من الخوارج فى الرحبة فمن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر من الحديد لإنسان جاء فأخذه.

ويرى أبو حنيفة مايراه مالك من جواز استعمال السلاح والكراع أن احتاجه أهل العدل لأن للامام أن يستعين بمال العادل عند حاجة المسلمين إليه ففى مال الباغى أولى أما بقية الأموال فتحبس عن البغاة لدفع شرهم وإضعافهم بذلك ولا ترد إليهم حتى يفيئوا فترد عليهم أو على ورثتهم، ويجوز للامام أن يبيع من الأموال مايحتاج نفقة ويحبس الثمن[3].

ويرى الشافعى أنه لايجوز استعمال شىء من أموال البغاة وأنها ترد جميعا بعد انتهاء الحرب لأنه لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه، لكن إذا اقتضت الضرورة استعمال مال من أموال البغاة جاز استعماله كما لو تعين استعمال سلاحهم للدفاع أو استعمال خيلهم للتغلب عليهم - ويرى البعض أنه يجب أن

(١) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤١
(٢) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ص ٦١
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢، ٤١٣

تؤدى أجرة المال المستعمل كما هو الشأن فى حالة الضرورة . ولا يرى البعض ذلك لأن الضرورة هنا منشأها فعل البغاة ولم تنشأ من جهة المضطر[١] .

وفى مذهب أحمد رأيان : أحدهما كمذهب أبى حنيفة ومالك والثانى كمذهب الشافعى[٢] .

ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعى فهم يرون الحيلولة بين البغاة وبين كل ما يستعينون به على باطلهم من مال أو سلاح فيحبس عنهم حتى يفيئوا ولا يجوز استعماله إذا اضطر أهل العدل لأن يدافعوا به عن أنفسهم[٣] :

ويرى الشيعة الزيدية أنه لا يجوز الاستعانة بأموال البغاة أيا كان نوعها فإذا استعملها الإمام كان ضامناً لها[٤] .

على أن من الشيعة من يرى أن ما كان فى معسكر البغاة من الأموال يحل أخذه غنيمة لأهل العدل[٥] .

وللامام أن يستعين على قتال البغاة ببغاة مثلهم حتى إذا انتصر دعا من معه إلى الطاعة وليس له عند أحمد والشافعى أن يستعين على قتالهم بالكفار بل ولا بمن يرى قتلهم مدبرين من المسلمين ويرى أبو حنيفة أن للامام الاستعانة على البغاة إذا كان حكم أهل العدل هو الظاهر — وهذا هو رأى الشيعة الزيدية ؛ أما الظاهريون فلا يوجبون الاستعانة بأهل الحرب وأهل الذمة إذا اضطرتهم حماية أنفسهم لذلك بشرط أن يوقنوا أنهم فى استنصارهم لا يؤذون مسلماً ولا ذمياً فى مال ولا حرمة — أما الاستعانة بأهل البغى فلا يمنعها الظاهريون[٦] .

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٦٥ ، ٦٦
(٣) المحلى ج ١١ ص ١٠٢
(٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٤٢
(٥) الروض النضير ج ٤ ص ٣٣٠ .
(٦) المحلى ج ١١ ص ١١٣ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ المغنى ج ١٠ ص ٥٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ ، ١٢٦ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ — شرح الازهار ج ٤ ص ٥٣٣ .

ولم أعثر على رأى مالك فى الاستعانة على البغاة بالذميين و إن كان رأيه فى الجهاد أن لايستعان بمشرك إلا فى خدمة الجيش المحارب فأولى ألا يستعان به فى محاربة مسلم .

الركن الثالث

القصد الجنائى (قصد البغى)

٦٦٤ — يشترط لوجود البغى أن يتوفر لدى الخارج القصد الجنائى ، والقصد المطلوب توفره هو القصد الجنائى العام . أى قصد الخروج على الإمام مغالبة ، فإذا كان الخارج لم يقصد من فعله الخروج على الإمام أو لم يقصد المغالبة فهو ليس باغياً .

ويشترط أن يكون الخروج على الإمام بقصد خلعه أو عدم طاعته أو الامتناع من تنفيذ مايجب على الخارج شرعاً ، فإن كان الخارج قد خرج امتناعا عن معصية فهو ليس باغيا ، و إذا ارتكب الباغى جرائم قبل المغالبة أو بعد انتهائها فليس من الضرورى أن يتوفر فيها قصد البغى لأنه لايعاقب عليها باعتباره باغيا و إنما باعتباره عادلا ، فيشترط أن يتوفر فى كل جريمة منها القصد الجنائى الخاص بها ليعاقب عليها بعقوبتها الخاصة .

مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية

٦٦٥ — تختلف مسؤولية الباغى الجنائية والمدنية باختلاف الحالات التى يكون فيها ، فمسؤوليته قبل المغالبة و بعدها تختلف عنها فى حالة المغالبة .

٦٦٦ — **مسؤولية الباغى قبل المغالبة و بعدها** : يسأل الباغى مدنيا وجنائيا عن كل مايقع منه من الجرائم قبل المغالبة باعتباره مجرما عاديا ، وكذلك عن جرائمه التى تقع بعد انتهاء المغالبة ، فإذا قتل اقتص منه إذا توفرت شروط

القصاص ، و إذا أخذ مالا خفية عوقب باعتباره سارقا إذا توفرت شروط السرقة وإذا غصب مالا أو أتلفه عوقب بالعقوبة المقررة للغصب والاتلاف ، وإذا امتنع عن تنفيذ مايجب عليه عوقب بالعقوبة المقررة للامتناع وعليه الضمان العادى فى كل الأحوال إذا أتى مايوجب الضمان كالسرقة والغصب والاتلاف .

٦٦٧ — مسؤولية الباغى أثناء المغالبة : الجرائم التى تقع من البغاة أثناء المغالبة والحرب إما أن تكون مما تقضيه حالة الحرب و إما أن لاتقتضيها حالة الحرب .

فأما مااقتضته حالة الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم والاستيلاء على البلاد وحكمها والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها و إتلاف الطرق والكبارى وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم لايعاقب عليها بعقوباتها العادية — وتدخل جميعاً فى جريمة البغى — والشريعة تكتفى فى البغى بإباحة دماء البغاة و إباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم أو أن يعزرهم على بغيهم لا على الجرائم والأفعال التى أتوها أثناء خروجهم ، فعقوبة البغى بعد التغلب على البغاة هى التعزير ، أما عقوبة البغى فى حالة المغالبة والحرب فهى القتال إن جاز أن نسميه عقوبة ، وما يتبعه من قتل وجرح وقطع ، والواقع أن القتال لايعتبر عقوبة و إنما هو إجراء دفاعى لدفع البغاة وردهم إلى الطاعة ولو كان عقوبة لجاز قتل البغاة بعد التغلب عليهم لأن العقوبة جزاء على ماوقع ، ولكن من المتفق عليه أنه إذا انتهت حالة المغالبة امتنع القتال والقتل — والخلاف منحصر فى قتل الأسير والإجهاز على الجريح — حيث يجيزه البعض كما قدمنا عند قيام حالة المغالبة ، ولايجيزه البعض الآخر ، فإذا انتهت حالة المغالبة فالباغى معصوم الدم لأن البغى هو الذى أباح دمه ، ولا بغى إذا لم تكن مغالبة .

أما الجرائم التى تقع من الباغى أثناء المغالبة ولا تقتضيها طبيعة المغالبة فهذه

تعتبر جرائم عادية و يعاقب عليها بعقوباتها العادية ولو أنها وقعت أثناء الخروج والمغالبة كشرب الباغى الخمر مثلا .

٦٦٨ — مسؤولية الباغى المدنية : ليس على أهل البغى ضمان ما أتلفوه حال الحرب من نفوس وأموال إذا اقتضت إتلافه ضرورة الحرب فأما مالم تكن هناك ضرورة لإتلافه حالة الحرب وما أتلف فى غير حالة الحرب فعلى البغاة ضمانه بلا خلاف ـ أما الأموال التى لم تتلف أو تلفت تلفاً جزئياً فعلى البغاة ردها لأربابها وعليهم ضمان التلف الجزئى إذا لم تكن ضرورة الحرب هى التى اقتضت هذا التلف الجزئى ـ وهذا هو رأى أبى حنيفة وأحمد والرأى الصحيح فى مذهب الشافعى ـ على أن فى مذهب الشافعى رأيا بتضمين البغاة كل ما أتلفوه من نفس أو مال فى حال الحرب وفى غير الحرب لأنهم أتلفوه بعدوان على أن القائلين بهذا الرأى لا يرون القصاص فى القتلى لأنهم يسقطونه بالشبهة فيلزمون البغاة بديات من قتلوا[1] و يحتج القائلون بتضمين البغاة بأن أبا بكر قال لأهل الردة تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال أتلفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح ، فوجب الضمان كالذى تلف فى غير حالة الحرب ، و يحتج القائلون بعدم الضمان بأن الفتنة الكبرى كانت بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لا يقام حد على رجل استحل فرجا حراما بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن ولا يغرم ما أتلفه بتأويل القرآن ، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ فلا تضمن ما اتلفته على الأخرى كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلا يشرع كتضمين أهل الحرب ، فأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه فإن عمر قال له أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا فى سبيل الله تعالى على ما أمر الله فوافقه أبو بكر ورجع إلى قوله ولم ينقل أنه غرم أحداً شيئاً على

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٣٦ ـ أسنى المطالب جـ ١ ص ١١٣ ـ المغنى جـ ١٠ ص ٦١ ـ شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤١٤

أنه لو وجب التغريم فى حق المرتدين لم يلزم مثله فى حق البغاة فإن أولئك كفار لاتأويل لهم وهؤلاء مسلمون لهم تأويل سائغ فلا يصح إلحاقهم بهم[١] ، ويرى الشيعة الزيدية أن البغاة لاضمان عليهم[٢] .

ويرى مالك عدم تضمين الباغى ولو كان مليئاً سواء أتلف نفوسا أو أموالاً بشرطين : أولهما : أن يكون الباغى متأولاً ، فإن لم يكن متأولاً ضمن ، الثانى : أن يكون الإتلاف حدث حال البغى واقتضته ضرورة المغالبة[٣] .

ويسمى الباغى غير المتأول فى مذهب مالك معانداً ولكنهم لايعتبرونه معانداً إلا إذا كان خارجا على عدل ، فإن خرج على غيره فليس معانداً ولو كان غير متأول وكان حكمه حكم المتأول .

أما الظاهريون ، فالبغاة عندهم ثلاثة أصناف ، صنف تأولوا تأويلا يخفى وجهه على كثير من أهل العلم كمن تعلق بآية خصصتها آية أو بحديث خصصه آخر أو نسخه نص آخر فهؤلاء معذورون ، حكمهم حكم الحاكم المجتهد يخطىء فيقتل مجتهداً أو يتلف مالا مجتهداً أو يقضى فى فرج خطأ مجتهداً ولم تقم عليه الحجة فى ذلك ، ففى الدم دية على بيت المال لاعلى الباغى ولاعلى عاقلته ويضمن المال كل من أتلفه ، وهكذا أيضاً من تأول تأويلا خرق به الإجماع بجهالة ولم تقم عليه الحجة ولا بلغته ، وأما من تأول تأويلا فاسداً لايعذر فيه ، لكن خرق الإجماع أى شىء كان ولم يتعلق بقرآن ولا سنة فعليه القود فى النفس ومادونها والحد فيما أصاب من حدود الله ، وضمان مااستهلك من مال وهكذا من قام فى طلب دنيا مجرداً بلا تأويل ومن قام عصبية[٤] .

وإذا غلب البغاة على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه ، فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشىء مما جبى ولم يرجع به على من أخذ منه ، وهذا هو رأى مالك وأبى

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٦٢
(٢) نيل الأوطار ج ٧ ص ٧٩
(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢
(٤) المحلى ج ١١ ص ١٠٧

حنيفة والشافعي وأحمد وحجتهم أن في عدم الاعتداد بذلك إضراراً بالرعية على أنه إذا كان قد بقي من الأموال التي جبيت شيء في يد البغاة ، استولى عليها الإمام لصرفها في مصارفها[1] . ويقصر مالك عدم الضمان على الباغي المتأول دون غيره .

ويرى الظاهريون أنه لا يحل أن يكون حاكما إلا من ولاه الإمام الحكم ولا أن يكون آخذاً للحدود إلا من ولاه الإمام ذلك ، ولا أن يكون مصدقا أو جابيا إلا من ولاه الإمام ذلك ، فكل من أقام حداً أو أخذ صدقة أو قضى قطيعة وليس ممن جعل الله ذلك له بتقديم الإمام ، فلم يحكم كما أمره الله ولا أقام الحد كما أمره الله تعالى ، ولا أخذ الصدقة كما أمره الله تعالى فإن لم يفعل ذلك كما أمر فلم يفعل شيئاً من ذلك بحق وإذا لم يفعله بحق فقد فعله بباطل ، وإذا فعله بباطل فقد تعدى ﴿ ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » فإذا هو ظالم ، فالظلم لا حكم له إلا رده ونقضه ، وواضح من هذا أن من أخذ صدقة فعليه ردها لأنه أخذها بغير حق فهو متعد فعليه ضمان ما أخذ إلا أن يوصله إلى الأصناف المذكورة في القرآن فإذا أوصلها فقد تأدت الزكاة إلى أهلها . وصح من هذا أن كل حد أتاه فهو مظلمة لا يعتد به وتعاد الحدود ثانية ولابد وتؤخذ الدية من مال من قتلوه فوراً وأن يفسخ كل حكم حكموه ولابد . وليس أدل على ذلك مما رواه عبادة بن الصامت عن أبيه عن جده قال : بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره وعلى أثرة علينا وأن لا ننازع الأمر أهله وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم .

وعن عرفجة أن رسول الله قال « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان » فصح أن لهذا

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٣ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٣ ـ المغني ج ١٠ ص ٦٨ .

الأمر أهلا لا يحل لأحد أن ينازعهم إياه وأن تفريق هذه الأمة بعد اجتماعها لا يحل وصح أن المنازعين فى الملك والرياسة مريدون تفريق جماعة هذه الأمة وأنهم منازعون أهل الأمر أمرهم فهم عصاة بكل ذلك وإذ هم عصاة فكل حكم حكموه وكل زكاة قبضوها وكل حد أقاموه كل ذلك منهم ظلم وعدوان ومن الباطل أن تنوب معصية الله عن طاعته وأن يجزى الظلم عن العدل وأن يقوم الباطل مقام الحق[1]

ويرى الشيعة الزيدية أن للإمام أن يضمن البغاة ما اقتضوه من الحقوق التى إلى الإمام من واجبات أو خراج أو مظالم أو نحو ذلك[2] .

وإذا أقام البغاة قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه ما يرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه ليس بعدل وهذا ما يراه مالك والشافعى وأحمد وأبو حنيفة ، على أن مالكا يشترط أن يكون البغاة متأولين ، وما يثبت عند قاضى البغاة يثبت عند قاضى أهل العدل من حقوق ولو لم يكن قد حكم به وإذا سمع شهودا فكتب بها كتابا صح كتابه إذا توفرت فى الشهود العدالة سواء كانوا من البغاة أم لا ولكن أبا حنيفة لا يقبل شهادة البغاة مطلقاً لفسقهم[3] .

مسئولية من يعين البغاة : قد يستعين البغاة بغيرهم من الذميين أو المحاربين ولكل صنف حكمه .

٦٦٩ — الاستعانة بالذميين : يفرق مالك بين ما إذا كان الباغى متأولا أو معانداً والباغى المعاند عنده هو غير المتأول ، فإذا استعان البغاة المتأولون بذميين فحكم الذميين هو حكم البغاة الذين اعانوهم . يسألون جنائياً عما يسألون

---

(١) المحلى ج ١١ ص ١١١ ، ١١٢ (٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٥٧

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٧٠ .

عنه و يضمنون مدنياً ما يضمنونه . وإذا استعان البغاة المعتلدون بذميين اعتبر الذميون ناقضون لعهدهم وحلت دماؤهم واموالهم كالحربيين سواء بسواء .

ويعتبر مالك هذه الحالة بأن يكون المعاند خارجا على الإمام العدل فإن كان الخروج على غيره فلا يعتبر الخارج معانداً ولو كان غير متأول والذمى معه لا يعتبر ناقضاً[1]

و يرى أبو حنيفة أنه لو استعان أهل البغى بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضاً للعهد كما أن هذا الفعل من أهل البغى ليس نقضاً للإيمان فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا ملتزمين حكم الإسلام فى المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار فحكمهم حكم البغاة مسؤوليتهم جميعا واحدة من الناحيتين الجنائية والمدنية[2] .

وفى مذهب الشافعى وأحمد : رأيان أولها : أن إعانة الذميين بالبغاة تنقض عهدهم كما لو انفردوا بقتال المسلمين والثانى : أن عهدهم لا ينتقض لأن أهل الذمة لا يعرفون الحق من البطل فيكون ذلك شبهة لهم و يترتب على القول بنقض العهد أن الذميين يصبحون كأهل الحرب و يترتب على القول بعدم النقض أن يكون حكمهم حكم أهل البغى فى قل قتيلهم والكف عن مدبرهم وأسيرهم وجريحهم إلا أن أصحاب هذا الرأى يروى تضمين الذميين ضماناً تاماً فيسألون عن جرائمهم حال القتال وغيره فإن قتلوا أو جرحوا أو أتلفوا سئلوا جنائياً عن كل ذلك وعليهم ضمان المال المتلف ورد القائم سواء أتلف فى حال الحرب واقتضت ضرورة الحرب إتلافه أم لا . ويعللون التفرقة بين البغاة والذميين بأن البغاة لهم تأويل سائغ والذميون لاتأويل لهم ولأن إسقاط المسؤولية عن المسلمين قصد منه عدم تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ولا يخشى تنفير الذميين عن الطاعة لان تأمينهم مشروط بالطاعة . والقائلون بنقض العهد يرون أن إكراه البغاة لذميين على معاونتهم يمنع من نقض العهد وأن اعتقاد الذميين بأنهم ملزمون

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ (٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥ .

بمعاونة البغاة يمنع أيضا من نقض العهد(١) .

٦٧٠ - **الاستعانة بأهل الحرب** : إذا استعان البغاة بأهل الحرب فإما أن يكونوا مستأمنين أو غير مستأمنين فإن كانوا مستأمنين فأعانوهم نقضوا عهدهم بالإعانة وصاروا كأهل الحرب غير المستأمنين لانهم تركوا شرط الأمان وهو الكف عن المسلمين فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم .

وإن كانوا غير مستأمنين فاستعان بهم البغاة وأمنوهم أو عقدوا لهم ذمة لم يصح من ذلك شيء لأن شرط الأمان الاساسى هو الكف عن المسلمين والبغاة يشترطون عليهم قتال المسلمين فلا يصح الأمان ولأهل العدل أن يقاتلوهم كمن لم يؤمنوه سواء . وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم فأما أهل البغى فلا يجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلا يجوز لهم الغدر بهم(٢) .

أما إذا عقد البغاة ذمة لحربيين أو عاهدوهم ولم يشترطوا عليهم أن يعينوهم على أهل العدل فعقود أهل البغى نافذة فى حق أهل العدل لأن البغاة مسلمون وأمان المسلم إذا كان فى حقه فهو نافذ على جميع المسلمين ، فإذا استعانوا بهم فأعانوهم انتقض العهد فى حق أهل العهد .

ويرون فى مذهب أبى حنيفة أن العادل يجوز له أن يؤمن الباغى فإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغى جاز أمانه لأنه ليس أعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج المناظرته ليثوب ولا يأتى ذلك مالم يأمن كل الآخر ، لكن إذا أمن ذمى يقاتل مع أهل العدل باغياً فلا يجوز أمانه(٣)

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٧٢ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ - المغنى ج ١٠ ص ٧١ - المهذب ج ٢ ص ٢٢٧ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٦ .

ولـكن غيرهم يرى أن أمان أهل البغى بأيديهم متى تركوا القتال حرمت دماؤهم وكانوا إخواننا وما داموا مقاتلين باغين فلا يحل لمسلم إعطاؤهم الأمان على ذلك فالأمان والإجارة هنا هدر ولغو ، وإنما الأمان والإجارة للـكافر الذى يحل للإمام قتله إذا أسروه واستبقاؤه لا فى مسلم إن ترك بغيه كان هو ممن يعطى الأمان ويجيز ولو أن أحداً من أهل البغى أجاز كافراً حازت إجارته كإجارة غيره ولا فرق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يجـيز على المسلمين أدناهم »[1] .

* * *

(١) المحلى ج ١١ ص ١١٧

الكتاب السابع

الردة

٦٧١ - النصوص الواردة في الردة : قال الله تعالى ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيـــا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

٦٧٢ - تعريف الردة : الردة لغة هى الرجوع ، فالراجع مرتد ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا ترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين ﴾ وتعرف الردة شرعاً بأنهـــا الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلا التعبيرين بمعنى واحد [1]

أركان الردة

٦٧٣ - للردة ركنان : أولهما الرجوع عن الإسلام، ثانيهما : القصد الجنائى.

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ - شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ - شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ - كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .

الركن الأول

الرجوع عن الإسلام

٦٧٤ - الرجوع عن الإسلام : هو ترك الإسلام أى ترك التصديق به والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة : بالفعل أو بالامتناع عن فعل، وبالقول وبالاعتقاد

فالرجوع عن الإسلام بالفعل يحدث بإتيان أى فعل يحرمه الإسلام إذا استباح الفاعل إتيانه سواء أتاه متعمداً إتيانه أو أتاه استهزاء بالإسلام واستخفافا أو عناداً ومكابرة كالسجود لصنم أو للشمس أو القمر أو لأى كوكب، وكإلقاء المصحف وكتب الحديث فى الأقذار أو وطأها واستهزاء بها أو استخفافاً بما جاء فيها أو عنادا ، ويكون أيضاً بإتيان المحرمات مع استحلال إتيانها كأن يزنى الزانى وهو يعتقد أن الزنا غير محرم بصفة عامة أو غير محرم عليه ، وكاستحلال شرب الخمر واستحلال قتل المعصومين وسلب أموالهم فمن اعتقد حل شىء أجمع على تحريمه وظهر حكمه بين المسلمين وزالت الشبهة فى حله بالنصوص الواردة فيه كلحم الخنزير والزنا وأشباه هذا مما لاخلاف فيه كفر ، وكذلك إن استحل قتل المعصومين أو أخذ أموالهم بغير شبهة ولا تأويل ، أما إذا كان الاستحلال بتأويل كما هو حال الخوارج فأكثر الفقهاء لايرون كفر الفاعل ، وقد عرف عن الخوارج أنهم يكفرون كثيراً من الصحابة والتابعين ويستحلون دماءهم وأموالهم ويعتقدون أنهم يتقربون إلى الله جل شأنه بقتلهم ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم وكذلك الحكم فى كل محرم استحل بتأويل فلا يعتبر فاعله مرتداً .

ومن الأمثلة على استحلال المحرم بالتأويل مافعله قدامى بن مظعون فقد شرب الخمر مستحلا لها وكذلك فعل أبو جندل بن سهل وجماعة معه شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقول الله جل شأنه ﴿ ليس على الذين آمنوا

وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴾ فلم يكفروا بفعلهم وعرفوا تحريمها فتابوا وأقيم عليهم حد الخمر باعتبارهم عاصين ومن استحل محرماً يجهل تحريمه فلا يعتبر مرتداً إذا ثبت أنه يجهل التحريم ويعرف أن الفعل محرم ، فإذا عاد له مستحلا إياه فهو كافر لاشك فى كفره ، أما إن أتاه غير مستحل له فهو عاص لا كافر (١).

ويعتبر راجعاً عن الإسلام من امتنع عن إتيان فعل يوجبه الإسلام إذا أنكر هذا الفعل أو جحده أو استحل عدم إتيانه كأن يمتنع عن أداء الصلاة أو الزكاة أو الحج جاحداً لها منكراً إياها . وكذلك الامتناع عن كل ما أوجبته الشريعة وأجمع على وجوبه . ويعتبر الممتنع كافراً إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث عهد بالإسلام أو ناشىء بغير داره أو ببادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم ، لم يحكم بكفره ، ويعرف ذلك وتبين له أدلة وجوب ماينكره ، فإن جحد بعد ذلك كفر ، أما إذا كان الجاحد ناشئاً فى الأمصار بين أهل العلم بالشريعة فإنه يكفر بمجرد الجحد ، وكذلك الحكم فى مبانى الإسلام كلها ومبادئه الأولية المتفق عليها لأن أدلة وجودها لاتكاد تخفى والكتاب والسنة مشحونان بأدلتها والإجماع منعقد عليها فلا يجحدها إلا معاند للاسلام ممتنع عن التزام أحكامه ، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته (٢).

ومن الأمثلة الظاهرة على الكفر بالامتناع فى عصرنا الحاضر الامتناع عن الحكم بالشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الوضعية بدلا منها ، والأصل فى الإسلام أن الحكم بما أنزل الله واجب وأن الحكم بغير ما أنزل الله محرم ،

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢، ٦٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٥ ، ٣٩٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ ، ١١٨ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، ٣٩٣ — المغنى ج ١٠ ص ٨٥ — كشاف القناع ج ٤ ص ١٠١، ١٠٣ — شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٥ — ٥٧٧ .

(٢) تراجع المراجع السابقة .

ونصوص القرآن صريحة وقاطعة فى هذه المسألة ، فالله جل شأنه يقول ﴿ إن الحكم إلا الله ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون ﴾ ويقول ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فأولئك هم الظالمون ﴾ ويقول : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ ويقول ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء ، قليلا ما تذكرون ﴾ ويقول ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ ويقول ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ ويقول ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ﴾ وقوله ﴿ أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعاً وكرهاً وإليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ، وهو فى الآخرة من الخاسرين ﴾ .

ولاخلاف بين الفقهاء والعلماء فى أن كل تشريع مخالف للشريعة الإسلامية باطل لاتجب له الطاعة ، وأن كل مايخالف الشريعة محرم على المسلمين ولو أمرت به أو أباحته السلطة الحاكمة أيا كانت ، ومن المتفق عليه أن من يستحدث من المسلمين أحكاماً غير ماأنزل الله ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ما وصفهم به الله تعالى من الكفر والظلم والفسق كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر عليه فهو كافر قطعاً ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان فى حكمه مضيعاً لحق أو تاركا لعدل أو مساواة وإلا فهو فاسق ، ومن المتفق عليه أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام سواء رده من جهة الشك

أو من جهة ترك القبول أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعى الزكاة واعتبروهم كفاراً خارجين عن الإسلام لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان قال جل شأنه ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [1] .

ويعتبر خروجاً من الإسلام صدور قول من الشخص هو كفر بطبيعته أو يقتضى الكفر كأن يجحد الربوبية فيدعى أن ليس ثمة إله أو يجحد الوحدانية فيدعى أن لله شركاء أو يقول بأن لله صاحبة أو ولداً ويدعى النبوة أو يصدق مدعيها أو ينكر الأنبياء والملائكة أو أحدهم ، أو جحد القرآن أو شيئاً منه ، أو جحد البعث أو أنكر الإسلام أو الشهادتين أو أعلن براءته من الإسلام أو قال إن الشريعة لم تجىء لتنظيم العلاقات بين الأفراد والجماعات ، والحاكمين والمحكومين وأن أحكامها ليست واجبة التطبيق فى كل الأحوال وعلى كل المسائل أو قال إن أحكام الشريعة كلها أو بعضها ليست أحكاماً دائمة وإن بعضها أو كلها موقوت بزمن معين أو قال إن أحكام الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر وإن غيرها من أحكام القوانين الوضعية خير منها .

ويعتبر خروجا عن الإسلام كل اعتقاد مناف للإسلام كالاعتقاد بقدم العالم وأن ليس له موجد وكاعتقاد حدوث الصانع ، والاعتقاد باتحاد المخلوق والخالق أو بتناسخ الأرواح ، أو باعتقاد أن القرآن من عند غير الله أو أن محمداً كاذب أو أن علياً إله أو أنه هو الرسول وغير ذلك من الاعتقادات المنافية للقرآن والسنة وكذلك الاعتقاد بأن الشريعة لا تصلح للتطبيق فى هذا العصر أو أن

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ ـ أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ ـ تفسير المنار ج ٦ س ٤٠٥ ـ روح المعانى للالوسى ج ٦ ص ١٤٠ ـ تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ ـ تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٠٠ ـ التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ من ٠ ص ٢٢٥ ، ٢٣٧

تطبيقها كان سبب تأخر المسلمين وانحطاطهم أو أنه لا يصلح المسلمين إلا التخلص من أحكام الشريعة والأخذ بأحكام القوانين الوضعية .

ويلاحظ أن الاعتقاد المجرد لا يعتبر ردة يعاقب عليها مالم يتجسم فى قول أو عمل ، فإذا لم يتجسم الاعتقاد الكفرى فى قول أو عمل فلا عقاب عليه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عفى لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تتكلم » فإذا اعتقد المسلم اعتقاداً منافياً للاسلام أياً كان هذا الاعتقاد فهو لا يخرجه عن الإسلام إلا إذا أخرجه من سريرته فى قول أو عمل ، فإذا لم يخرجه من سريرته فهو مسلم ظاهراً فى أحكام الدنيا ، أما فى الآخرة فأمره لله فإذا أظهر اعتقاده المنافى للاسلام فى قول أو فعل وثبت ذلك عليه فقد ثبتت عليه الردة .

ويختلف الفقهاء فى ماهية السحر وفى حكم الساحر ، فأما فى ماهية السحر فإنهم يسلمون للسحر أثره ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان حقيقة أو تخييلا فرأى البعض أن السحر لا حقيقة له وإنما هو تخييل احتجوا بقول الله جل شأنه ﴿ يخيل إليه من سحرهم أنها تسعى ﴾ ورأى البعض أن السحر له حقيقة واحتجوا بقوله تعالى ﴿ ومن شر النفاثات فى العقد ﴾ أى السواحر وقالوا لولا أن للسحر حقيقة لما أمر الله بالاستعاذة منه كما احتجوا بقوله تعالى ﴿ وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا ، يعلمون الناس السحر وما أنزل على الملكين ببابل هاروت وماروت ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه ﴾ وقالوا إن من المشهور بين الناس عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها فلا يقدر على إتيانها وحل عقده فيقدر عليها بعد عجزه عنها حتى صار متواتراً لا يمكن جحده .

ومن المتفق عليه أن تعلم السحر وتعليمه حرام ، واعتقاد إباحته كفر ولكنهم اختلفوا فى حكم الساحر ، فرأى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الساحر

يكفر بتعلم السحر و بفعله سواء اعتقد تحريمه أو لم يعتقده و يقتل بذلك دون استتابة لما روى عن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « حد الساحر ضربه بالسيف » ولذلك يرى الحنفيون قتل المرأة ولو أنهم لا يرون قتل المرأة المرتدة لأن الساحر يقتل حداً لا ردة ولو أنه يكفر بسحره ، والمرتد يستتاب أما فى الحد فلا استتابة إلا حيث يوجد نص . ولا نص[1] .

وهناك رواية عن أحمد بأن الساحر لا يكفر بتعلم السحر ولا بفعله ، و إنما هو عاصى يؤدب ويستتاب[2] .

و يرى الشافعى أن الساحر لا يعتبر مرتداً إلا إذا أتى فى سحره بقول أو فعل يكفره كالإشراك بالله والسجود للشمس أو الكواكب أو إذا استحل السحر فإن لم يأت بشىء من الكفر الذى لا خلاف فيه فهو مسلم عاص[3] .

ولا يأخذ الشافعيون بحديث جندب ومثلهم الظاهريون لأنه حديث مرسل و يرى ابن حزم أن الحديث روى هكذا « حد الساحر ضربه بالسيف » وليس فيه قتله ، والضربة قد تقتل وقد لا تقتل ؛ وعنده أن الحديث غير صحيح ، و إذا لم يصح الحديث وجب الرجوع للنصوص العامة وهى تحرم القتل إلا بحق ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ وقول الرسول « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم » فصح بالقرآن والسنة أن كل مسلم دمه حرام إلا بنص ثابت أو إجماع متيقن وليس فى السحر نص ثابت إلا ماروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اجتنبوا السبع الموبقات قيل يارسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، وأكل الربا ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات » فكان هذا بياناً جلياً بأن السحر ليس من الشرك ولكنه معصية موبقة كقتل

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩ ــ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨ المغنى ج ١٠ ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ . (٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٧

النفس فارتفع الإشكال وصح أن السحر ليس كفراً و إذا لم يكن كفراً فلا يصح قتل فاعله إلا إذا أتى بما هو كفر لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان، ونفس بغير نفس»[١] .

وفى الكاهن والعراف نفس الخلاف فى الساحر. والكاهن هو الذى له رئى من الجن يأتيه بالأخبار والعراف هو الذى يحدس ويتخرص ، على أن الحنفيين يرون أن العراف والكاهن إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء ، كفر، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر، وفى مذهب أحمد روايتان الأولى حكمها حكم الساحر لقول عمر : اقتلوا كل ساحر وكاهن ، والثانية إن تاب لم يقتل ، ويرى الحنفيون المتأخرون أنه لا يجب العدول عن مذهب الشافعى فى كفر الساحر والكاهن والعراف[٢] .

ويرى الشيعة الزيدية أن الساحر مرتد وأن حده القتل بعد الاستتابة كالمرتد[٣] .

ولا تصح الردة إلا من عاقل ، فلا تصح الردة ممن لا عقل له كالمجنون ومن زال عقله بإغماء أو نوم أو مرض أو شرب دواء مباح ، وكالطفل الصغير الذى لم يميز .

٦٧٥ — **ردة المجنون وإسلامه ومن فى حكمه**: لا تصح ردة المجنون لأن العقل من شرائط الأهلية خصوصاً فى الاعتقادات ، ومن المتفق عليه أن المجنون إذا ارتد فى حال جنونه فإنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود والأصل فى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» فلا تصح ردة المجنون لأنه لا قول له ، أما إذا ارتد فى حال إفاقته صحت ردته ،

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٩٤ .

(٢) المراجع السابقة ـ المغنى ج ١٠ ص ١١٨ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ .

(٣) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ .

فإن ارتد صاحياً ثم جن بعد ذلك لم يقتل حال جنونه لأنه يقتل بالإصرار على الردة بعد استتابته والمجنون لا يمكن أن يوصف بالإصرار كما أنه لا يمكن أن يستتاب ، فإذا قتله قبل إفاقته أو بعدها وقبل استتابته عزر لتفويته الاستتابة الواجبة ولا فتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يسأل عن القتل ، وإذا كان المجنون المقتول امرأة فلا قود على قاتلها عند أبي حنيفة ، وإنما على القاتل التعزير فقط ، لأن الردة تبيح دم صاحبها ، وكل جناية على المرتد هدر ، ومنع قتل المرأة بالردة راجع للشبهة [1]

والقاعدة عند الشافعى وأحمد أن المجنون تنفذ عليه حال جنونه عقوبة كل جريمة ثبتت عليه بالبينة ، وعقوبة كل جريمة ثابتة بالإقرار ، إذا كان العدول عن الإقرار لا يسقط الإقرار كالقصاص . أما إذا كانت الجريمة ثابتة بالإقرار وكان العدول عن الإقرار يسقط العقوبة كما هو الحال فى السرقة والزنا والشرب فيوقف التنفيذ حتى يفيق المجنون لاحتمال أنه إذا أفاق عدل عن إقراره فسقطت العقوبة المحكوم بها [2] .

وفى مذهب مالك يرون أن المجنون يوقف تنفيذ الحكم ويظل الحكم موقوفاً حتى يفيق المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصاً ، فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وباقى الرأى ، ورأى أبى حنيفة فى التشريع الجنائى [3] .

٦٧٦ — ردة السكران وإسلامه : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٧٦ ، ١١٠ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ وما بعدها — شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٩ ، ٧٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٤٠٧ — شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ — المحلى ج ١٠ ص ٣٤٤ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٠ — المغنى ج ١٠ ص ١١٠ — التشريع الجنائى الإسلامى ص ٥٩٧ ، ٥٩٨ .

(٣) التشريع الجنائى ج ١ ص ٥٩٨ .

السكران حكمه حكم المجنون فلا يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهم لا يصححون ردته ولا إسلامه استحساناً ، أما حكم القياس عندهم فتصحيح ردته وإسلامه لأن الأحكام مبنية على الإقرار بظاهر اللسان لا على ما فى القلب إذ هو أمر باطن فلا يوقف عليه ، أما وجه الاستحسان فإن أحكام الكفر مبنية على الكفر كما أن أحكام الإيمان مبنية على الإيمان ، والإيمان والكفر يرجعان به إلى التصديق والتكذيب ، وإنما كان الإقرار دليلا عليهما وإقرار السكران لا يصح دليلا ، وإذا لم يصح الدليل لم يثبت المدلول عليه [(١)] .

ويتفق المذهب الظاهرى مع مذهب أبى حنيفة فى هذه المسألة ، فالظاهريون لا يعتبرون ردة السكران ولا أى فعل أتاه وهو سكران سواء أدخل السكر على نفسه أم أدخله عليه غيره [(٢)] .

وفى مذهب مالك والشافعى وأحمد والشيعة الزيدية خلاف، والرأى الراجح فى هذه المذاهب أن ردة السكران تصح إذا دخل السكر على نفسه وكان عالما بأنه يتناول سكراً ، أما الرأى المرجوح فلا يصحح ردته لأنه زائل العقل ولأن المسألة متعلقة بالاعتقاد [(٣)] .

ويلاحظ أن القائلين بتصحيح ردة السكران يصححون إسلامه ، وأن القائلين بعدم تصحيح الردة لا يصححون إسلام السكران .

٦٧٧ - **ردة الصبى وإسلامه**: من المتفق عليه أن ردة الصبى الذى لا يعقل غير صحيحة ولكنهم اختلفوا فى ردة الصبى الذى يعقل على الوجه الآتى :

فيرى أبو حنيفة ومحمد أن البلوغ ليس بشرط للردة فتصح ردة الصبى الذى يعقل ، ويرى أبو يوسف أن الصبى الذى لم يبلغ لا تصح ردته وحجتهما أن الصبى

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٨ ، ٣٤٤ - المحلى ج٧ ص ٣٢٢ وما بعدها .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٠٨ ، ١١٠ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ - المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ - شرح الأزهار ج ٤ ص٥٧٥ - مواهب الجليل ج٤ ص ٣٤ .

المميز يصح إسلامه فتصح ردته لأن صحة الإسلام والردة مبنية على وجود الإيمان أو الكفر حقيقة ، لأن الإيمان والكفر من الأفعال الحقيقية وهما أفعال خارجة من القلب بمنزلة أفعال سائر الجوارح ، والإقرار الصادر عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها هنا إلا أنه مع وجود الكفر من الصبى العاقل لا يقتل ولكن يحبس إذ لا قتل إلا على البالغ بعد استتابته فيحبس الصبى حتى يبلغ ثم يستتاب ، و يشترط أبو يوسف البلوغ لصحة الردة فلا تصح الردة عنده إلا إذا بلغ الصبى مرتداً ، وحجته أن عقل الصبى فى التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة ، أما الإيمان فيصح من الصبى لأنه نفع محض ولذلك صح إسلام الصبى عند أبى يوسف ولم تصح ردته [1]

و يتفق مذهب مالك مع رأى أبى حنيفة ومحمد .

وفى مذهب أحمد رأيان : أولهما وهو المعمول به فى المذهب أن ردة الصبى تصح وهذا يتفق مع رأى أبى حنيفة ومحمد ، وظاهر مذهب مالك ، والثانى أن الصبى يصح إسلامه ولا تصح ردته ، وهو يتفق مع رأى أبى يوسف [2] .

ويلاحظ أن الخلاف ليس له أهمية عملية من الناحية الجنائية ، لأن الصبى لا يقتل سواء قيل بصحة ردته أو بعدم صحتها إذ الغلام لا تجب عليه الحدود حتى يبلغ ، فإذا بلغ فثبت على ردته ، ثبت حكم الردة ووجبت عليه العقوبة بعد الاستتابة إن لم يتب ، فيستوى إذن فى الحكم المرتد قبل بلوغه والمرتد وقت بلوغه ، والمسلم الأصلى الذى ارتد والكافر الذى أسلم صبياً ثم ارتد [3] .

أما مذهب الشافعى فلا يصح ردة الصبى ولا إسلامه إلا بالبلوغ ومن هذا الرأى زفر من أصحاب أبى حنيفة ، وهو يتفق مع مذهب الظاهريين ومذهب الشيعة الزيدية ، وحجة أصحاب هذا الرأى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٣٥ (٢) المغنى ج ١٠ ص ٩١ ، ٩٢ .
(٣) المراجع السابقة .

عن ثلاث ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وأصحاب هذا الرأى إذا كانوا لا يصححون إسلام الصبي فإنهم يعتبرونه مسلما حكما أو تبعاً ، لأن الصغير يعتبر مسلماً تبعاً لأبويه أو أحدهما ولا يأخذ حكمهما حتى البلوغ ، فلو صحح إسلامه لكان مسلماً أصلا ، فيكون هناك تناقض بين اعتباره مسلما تبعاً لأبويه أو أحدهما ، وبين اعتباره مسلما أصلا ، فضلا عن أن الإسلام يلزمه أحكاماً تشوبها المضرة من حرمان الإرث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة ، وهو ليس أهلا لما يضر به من التصرفات[1] .

وخلاصة ماسبق أن الفقهاء على ثلاثة آراء فى ردة الصبي العاقل وإسلامه، فبعضهم لا يصحح إسلام الصبي المميز أى الذى يعقل ولا ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه ولا يصحح ردته ، وبعضهم يصحح إسلامه وردته معا ، وهذا فى الصبي المميز أى الذى يعقل ، أما الصبي الذى لا يعقل ، فلا يصح له إسلام ولا ردة اتفاقا ، وإن كان محكوما له بالإسلام تبعا لأبويه ، والفقهاء الذين يصححون إسلام الصبي الذى يعقل يشترطون لصحة إسلامه شرطين :

أولها : أن يعقل الإسلام ومعناه ، وأن يعلم أن الله تعالى ربه لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله ، وهذا الشرط لا خلاف عليه لأن الطفل الذى لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام . ثانيهما: أن يكون عمره عشر سنوات ، وهو شرط غير متفق عليه وأكثر من يصححون إسلام الصبي لم يشترطوا ذلك ولم يحددوا له حداً من السنين، وحجة من يشترطون عشر سنوات أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب الصبيان على الصلاة لعشر وهذا هو مذهب الحنابلة ، على أن هناك رواية عن أحمد بتصحيح إسلام الصبي إذا بلغ سبع سنوات لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال

(١) أسنى ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٩٤ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٤ – المغنى ج ١٠ ص ٨٨ – المحلى ج ١٠ ص ٢١٨ ، ٣٤٤ – المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ وما بعدها – شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٥ .

«مروهم بالصلاة لسبع» فدل ذلك على صحة عباداتهم فيكون حداً لصحة إسلامهم ، وبعض الفقهاء يرى تصحيح إسلام الصبي إذا بلغ خمس سنوات وحجته أن عليا أسلم فى هذه السن[١] .

ويعتبر ولد المرتد مسلما إذا حمل به فى الإسلام سواء كان المرتد الأب أو الأم أو هما معاً ، فإن بلغ أولاد المرتد فثبتوا على إسلامهم فهم مسلمون وإن بلغوا كافرين فهم مرتدون ، لهم حكم المرتدين ، أما من حمل به بعد الردة فهو محكوم بكفره لأنه من أبوين كافرين ؛ سواء حمل به فى دار الإسلام أو فى دار الحرب[٢] .

والقاعدة عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد والظاهريين والشيعة الزيدية أنه إذا أسلم أحد الأبوين الكافرين كان أولاده الصغار مسلمين تبعاً له ، يستوى فى ذلك أن يكون المسلم الأب أو الأم ، ولكن مالكاً يرى أن الصغار يتبعون فى الإسلام الأب فقط ، فإذا أسلم الأب تبعه أولاده ، وإن أسلمت الأم لم يتبعوها لأن الولد يتبع أباه ولا يتبع أمه[٣] .

٦٧٨ — *ردة المكره وإسلامه* : ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر أو بعمل مكفر لم يصر كافراً وهذا متفق عليه فى المذاهب الأربعة ، وعليه مذهب الشيعة الزيدية ومذهب الظاهريين ، وشهادة ذلك قوله تعالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم «عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٨٩ ، ٩٠ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٩٣ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٩٦ ـ شرح الزرقانى ص ٦٦ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٤ ـ المحلى ج ٨ ص ٣٢٢ ـ والمراجع السابقة .

عليه » . والإكراه على الإسلام مما لا يجوز إكراهه كالذمى والمستأمن، لا يجعل المكره مسلماً حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعاً مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى دين الكفر لم يجز قتله ، ولا إكراهه على الإسلام [1] .

الركن الثانى

القصد الجنائى

٦٧٩ ـ ويشترط لوجود جريمة الردة أن يتعمد الجانى إتيان الفعل أو القول الكفرى وهو يعلم بأنه فعل أو قول كفرى ، فمن أتى فعلاً يؤدى للكفر وهو لا يعلم معناه ، ومن قال كلمة الكفر وهو لا يعلم معناها ، فلا يكفر ، ومن حكى كفرا سمعه وهو لا يعتقده لم يكفر . وكذلك من جرى على لسانه الكفر سبقا من غير قصد لشدة فرح أو وهن أو غير ذلك ، كقول من أراد أن يقول ـ اللهم أنت ربى وأنا عبدك ـ فقال : أنت عبدى وأنا ربك .

ويشترط الشافعى أن يقصد الجانى أن يكفر ، فلا يكفى أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفرى ، بل يجب أن ينوى الكفر مع قصد الفعل ، وحجته حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات » ـ فإذا لم ينو الكفر فلا يكفر [2]

وعلى هذا الرأى مذهب الظاهريين لأنهم يشترطون النية [3] فى كل الأعمال وحجتهم حديث الرسول « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى » فالصحيح عندهم أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٨ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، ١٧٨ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢١ ـ المغنى ج ١٠ ص ١٠٤ ـ المحلى ج ٨ ص ٣٢٩ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٤ .

(٣) المحلى ج ١٠ ص ٢٠٠ ، ٢٠٥ .

وعند مالك وأبى حنيفة والشافعى يكفى لاعتبار الشخص مرتدا أن يتعمد إتيان الفعل والقول الكفرى ، ولو لم ينو الكفر مادام قد جاء بالفعل أو القول بقصد الاستخفاف أو التحقير أو العناد أو الاستهزاء(١) ، وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية(٢) .

ويرى أبو حنيفة وأحمد أن فعل الهازل وقوله كفر ، فمن تكلم بلفظ كفرى أو أتى بفعل كفرى وهو مختار ، يعتبر كافراً ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول مادام أنه عارف لمعناه ، لأن التصديق وإن كان موجوداً حقيقة ، إلا أنه زائل حكما ، لأن الشارع جعل بعض المعاصى أمارة على عدم وجوده ، كما لو سجد لصنم فإنه يكفر وإن كان مصدقاً لأن ذلك فى حكم التكذيب(٣)

عقوبات الردة

٦٨٠ – للردة عقوبات تختلف باختلاف ظروف الجريمة . منها ما هو عقوبة أصلية ، ومنها ماهوعقوبة بدلية ، ومنها ما هو عقوبة تبعية .

أولا : العقوبة الأصلية

٦٨١ – عقوبة الردة الأصلية هى القتل حداً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بدل دينه فاقتلوه » .

والقتل عقوبة عامة لكل مرتد سواء كان رجلا أو امرأة ، شاباً أو شيخاً ولكن أبا حنيفة يرى أن لاتقتل المرأة بالردة ولكنها تجبر على الإسلام ،وإجبارها

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٧٠ وما بعدها – كشاف القناع جـ٤ ص١٠٠ ، ١٠١ – حاشية ابن عابدين ص ٣٩٢ .

(٢) شرح الأزهار جـ ٤ ص ٥٧٥ ، ٥٧٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٩٢ – كشاف القناع جـ٤ص١٠٠–شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٤٠٧ .

على الإسلام يكون بأن تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت . وإلا حبست وهكذا إلى أن تسلم أو تموت[1]

والمذاهب الأخرى على خلاف مذهب أبي حنيفة لا تفرق بين الرجل والمرأة ، وتعاقب المرتدة بالقتل كما تعاقب المرتد[2] .

وحجة أبي حنيفة أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل المرأة الكافرة فإذا كانت المرأة لاتقتل بالكفر الأصلي ، فأولى أن لا تقتل بالكفر الطارىء .

وحجة بقية الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من بدّل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحل دم امرىء الا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

ونهى الرسول عن قتل المرأة مقصود به الكافرة الأصلية ، ولا يصح أن يقاس على الكفر الأصلي الكفر الطارىء ، لأن الرجال والنساء يقرون على الكفر الأصلي ولا يقرون على الكفر الطارىء[3] .

ويرى أبو حنيفة أيضاً أن لا يقتل الصبي المميز بالردة في أربع حالات : الأولى : إذا كان إسلامه تبعا لأبويه وبلغ مرتداً ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لايقتل لأن إسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في إسقاط القتل عنه وإن بلغ مرتداً . الثانية : إذا أسلم في صِغره ثم بلغ مرتداً ، ففي القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة إسلامه . الثالثة : إذا ارتد في صغره . الرابعة : اللقيط في دار الإسلام فإنه محكوم بإسلامه تبعاً للدار كما لو كان مولوداً بين مسلمين .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٩٩ - المغنى ج ١٠ ص ٧٤ - المحلى ج ١١ ص ٢٢٧ - شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٧٤ ، ٥٧٨ .

والصبى المميز إذا لم يقتل فى هذه الحالات الأربع فإنه يجبر على الإسلام كما تجبر المرأة على الإسلام بالحبس وبالتعزير[١] .

والقاعدة عند مالك أن الصبى المميز يقتل بالردة إذا بلغ مرتداً ولكنه يستثنى من ذلك : ١ ـ الصبى المراهق حين إسلام أبيه ، ٢ ـ الصبى الذى ترك لأمه الكافرة سواء ترك مميزاً أو غير مميز إذا غفل عنه حتى أرهق أى قارب البلوغ كابن ثلاث عشرة سنة . فهذان إذا بلغ أحدهما كافراً فلا يقتل بكفره وإنما يجبر على الإسلام بالتعزير[٢]

أما بقية المذاهب فترى قتل الصبى المرتد إذا بلغ مرتداً شأنه فى ذلك شأن الرجل والمرأة[٣] .

٦٨٢ — الاستتابة : والقاعدة الأصلية أن المرتد لايقتل إلا بعد أن يستتاب ، فإن لم يتب يقتل ، ويرى بعض الفقهاء أن الاستتابة واجبة ، وهو مذهب مالك والشيعة الزيدية وهو الرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد ، وهناك رأى فى مذهب الشيعة الزيدية أن الاستتابة مستحبة وهو رأى مرجوح[٤]

ويرى أبو حنيفة أن الاستتابة مستحبه لا واجبة ، لأن الدعوة قد بلغت المرتد فانتفى بذلك الوجوب ، وإنما يعرض عليه الإسلام استحبابا فلعله يسلم وهذا القول رأى للشافعى وأحمد . ويرى الظاهريون أن الاستتابة ليست واجبة ولا ممنوعة[٥] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٦ ، ٧٠ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٤

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠٠ ـ المغنى ج ١٠ ص ٩٢ ـ المحلى ج ٧ ص ٣٢٢ و ج ١١ ص ٢٢٧ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٨٠ ، ٥٨١

(٤) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

(٥) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٥ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٨ ـ المغنى ج ١٠ ص ٧٦ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٩ ـ المحلى ج١١ ص١٩٧ .

٦٨٣ — مدة الاستتابة: مذهب مالك على أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام بلياليها من يوم ثبوت الكفر على المرتد، لا من يوم الكفر ولا من يوم الرفع أي التبليغ.

ولا يحسب اليوم إن سبقه الفجر ولا تلفق الأيام الثلاثة، والمقصود بذلك الاحتياط لعظم الدماء، ولا يجوز أن يمنع عنه الماء أو الطعام ولا يعذب، فإن تاب لم يقتل وإلا قتل بعد غروب شمس اليوم الثالث[1].

ويرى أبو حنيفة أن المدة متروكة لتقدير الإمام، فإن طمع فى توبة المرتد أو سأله هو التأجيل، أجله ثلاثة أيام، وإن لم يطمع فى توبته ولم يسأله هو التأجيل قتله من ساعته[2].

وفى مذهب الشافعى رأيان: أحدهما: أن الاستتابة مدتها ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة يمكن فيها الارتياد والنظر، والرأى الثانى: أن يقتل فى الحال إذا استتيب فلم يتب، وهو الرأى الراجح فى المذهب[3].

ومذهب أحمد على أن مدة الاستتابة ثلاثة أيام مع حبس المرتد فيها[4].

ولا يحدد الظاهريون مدة الاستتابة، ويرون قتل المرتد فى الحال إذا لم يتب[5]

ولكن الشيعة الزيدية يحددون مدة الاستتابة بثلاثة أيام[6].

والأصل فى ذلك كله ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال: هل عندكم من مضر به خبر؟ قال: نعم، رجل كفر بالله تعالى بعد إسلامه فقال عمر رضى الله عنه ماذا فعلتم به؟ قال: قربناه فضربنا عنقه: فقال عمر رضى الله عنه هلا طفيتم عليه بيتاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٩٥
(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٥
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٨، ٣٩٩
(٤) المغنى ج ١٠ ص ٧٨ ـ كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٤
(٥) المحلى ج ١١ ص ١٩٢
(٦) الروض النضير ج ٤ ص ٣٢٤ ـ شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٩، ٣٨٠

واستتيبوه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى ، اللهم إنى لم أحضر، ولم آمر ، ولم أرض إذ بلغنى ، لذلك روى عن على رضى الله عنه أنه قال يستتاب المرتد ثلاثاً. وبهذا يتمسك من قال بوجوب الاستتابة أو استحبابهما وبمدة الأيام الثلاثة .

٦٨٤ — كيفية التوبة : تكون التوبة بالنطق بالشهادتين ، و بإقرار المرتد بما أنكره ، وبراءته من كل دين يخالف دين الإسلام ، فمن ادعى وجود إلهين أو أنكر رسالة محمد، يكفى أن يأتى بالشهادتين، وإن كان الكفر بإنكار شيء آخر كمن خصص رسالة محمد بالعرب أو جحد فرضاً أو تحريماً فيلزمه مع الشهادتين الإقرار بما أنكر ، وهكذا تختلف حقيقة التوبة بحسب الفعل أو القول الكفر .

٦٨٥ — من لا يستتاب : وإذا كانت القاعدة هى استتابة المرتد بغض النظر عما إذا كانت الاستتابة واجبة أو مستحبة فإن مالكا يمنع من استتابة ثلاثة:

١ — الساحر إذا أتى من السحر ما يعتبر كفراً فإنه لا يستتاب ويقتل ، وإذا تاب لم تقبل توبته إلا أن يجيء بنفسه مبلغاً عن سحره وتائباً منه ، ذلك أن حكم الساحر فى المذهب كحكم الزنديق(١) .

٢ — الزنديق وهو من يظهر الإسلام ويسر الكفر ، فإذا ثبت عليه الكفر لم يستتب ويقتل ولو أظهر توبته ، لأن إظهار التوبة لا يخرجه عما يبديه من عادته ومذهبه ، فإن التقية عند الخوف عين الزندقة ، أما إذا جاء بنفسه مقراً بزندقته ومعلنا توبته دون أن يظهر عليه فتقبل توبته(٢) :

٣ — من سب نبياً أو ملكا أو عرض به أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه وما أشبه ، فإنه يقتل ولا يستتاب ، ولا تقبل منه التوبة لو أعلنها ولو جاء تائباً قبل أن يطلع عليه ، لأن القتل فى هذه الحالة حد خاص وإن كان يدخل تحت الردة(٣) .

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٧٩ (٢) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٨٢

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ — شرح الزرقانى جـ ٨ ص ٧٠ ، ٧١

فالمرتد يقتل حداً لا كفراً على مشهور قول مالك ، ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استقالته ، على أن هناك من يرى فعله ردة ، وفى هذه الحالة يستتاب فإن تاب نكل أى عزر[1] .

أما المعتاد على الرد فيستتاب ولو تكررت ردته ما دامت ردته ليست من الأنواع الثلاثة السابقة[1] .

ومذهب الشافعى يختلف عن مذهب مالك تمام الاختلاف ، فالشافعيون يرون الاستتابة ويقبلون التوبة من الساحر والزنديق ، ولو كان زنديقا لا يتناهى خبثه فى عقيدته لقوله تعالى ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ ولقول الرسول صلى الله عليه وسلم « فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم » أى النطق بالشهادتين[2] .

على أن هناك رأيا مرجوحاً فى المذهب بعدم قبول توبة الزنديق[3] .

وتقبل توبة من سب النبى عليه الصلاة والسلام أو سب نبيا غيره ، ويستتاب وهو الرأى الراجح فى المذهب ، وهناك رأيان آخران : أحدهما : أنه يقتل حداً إذا سب النبى أو قذفه ، لأن القتل حد قذف النبى أو سبه ، وحد القذف لا يسقط بالتوبة ، والثانى: أنه يعاقب على القذف بالجلد ثمانين جلدة ويعزر على السب[4] .

وفى مذهب أحمد : ١ـ لا تقبل توبة الزنديق، لأن الله تعالى يقول ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا ، وبينوا﴾ والزنديق لا يظهر منه ما يتبين به رجوعه وتوبته، لأن الزنديق لا يظهر منه بالتوبة خلاف ما كانت عليه ؛ فإنه كان ينفى الكفر عن نفسه قبل ذلك ، وقلبه لا يطلع عليه فلا يكون لما قاله حكم ، لأن الظاهر من حاله أنه يستدفع القتل بإظهار التوبة ٢ ـ كذلك لا تقبل توبة من تكررت ردته لقوله

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٩

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٩

تعالى ﴿ إن الذين آمنوا ثم كفروا ، ثم آمنوا ثم كفروا ، ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولاليهديهم سبيلا ﴾ وقوله ﴿ إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم﴾ كذلك فإن تكرار الردة دليل على فساد العقيدة وقلة المبالاة بالدين ٣ـ ولاتقبل توبة من سب الله ورسوله أو تنقيصه لأن ذلك دليل على فساد العقيدة واستخفافه بالله تعالى ورسوله واقوله جل شأنه :

﴿ ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤون ، لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم ﴾ ٤ ـ ولا تقبل توبة الساحر الذى يكفر بسحره لوجهين ـ أولهما: لما روى عن جندب بن عبد الله أن رسول الله قال « حد الساحر ضربه بالسيف » فسماه حداً ، والحد لا يسقط بالتوبة ـ وثانيهما : أنه إذا لم يكن حد فلا طريق إلى معرفة إخلاصه فى توبته لأنه يضمر السحر ولا يجهر به فيكون إظهار الإسلام خوفاً من القتل(١) .

وهناك رواية أخرى عن أحمد يرى الأخذ بها بعض فقهاء المذهب وهى قبول توبة المرتد واستتابته مهما كان كفره أى سواء كان زنديقاً أو ساحراً أو معتاد الردة . . . الخ وهذا الرأى يتفق مع مذهب الشافعى(٢) .

ومذهب أبى حنيفة على عدم قبول توبة كل من : ١ ـ الساحر لماروى من الرسول من أن حد الساحر ضربه بالسيف ، ولكن الكثير من فقهاء الحنفية يفضلون مذهب الشافعى فى هذه المسألة ، ويلاحظ أن القائلين بقتل الساحر ، يرون قتل الساحرة ، لأن القتل حد لايستتاب فيه ... ـ٢ـ الزنديق والرأى فى توبته هو مايرونه فى مذهب مالك على أن هناك رأيا آخر يقول بقبول توبته(٣) .

٣ ـ سب الرسل والملائكة والاستهزاء بهم وفى المذهب رأيان: أحدهما : يرى القتل حداً فلا تقبل التوبة(٤) .

---

(١) كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٧٨ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ـ ، ١١٨

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٨ ، ٤٠٩

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٠ وما بعدها .

والثانى : يرى أنه مرتد يقتل للردة فتقبل توبته[1]

٤ — من تكررت ردته فلا تقبل توبته [2]

ومذهب الظاهريين كمذهب الشافعى[3]

وكذلك مذهب الشيعة الزيدية فإنهم يستتيبون كل مرتد و يقبلون منه التوبة أياً كان وجه الكفر ، أى سواء كان للسحر أو الزندقة أو غير ذلك[4]

٦٨٦ — ما يترتب على التوبة : يترتب على حدوث التوبة ممن تقبل توبته أن يسقط القتل عنه بالتوبة فيعود معصوم الدم كما كان قبل الردة فإذا قتله شخص ما أقيد به لأنه قتل نفساً معصومة أما قبل ذلك فيكون المرتد مهدر الدم من وقت الردة فإذا قتله شخص مالم يعتبر قاتلا و إنما يعزر فقط لافتياته على السلطات العامة لا لأنه قاتل إذ أنه قتل شخصا مهدر الدم مباح القتل بل يعتبر قتله فرضا على كل مسلم ، و يستوى أن يكون القتل حاصلا قبل الاستتابة أو بعدها مادام قد حدث قبل التوبة فعلا ممن تقبل توبته لأنه يقتل فى الحالين على ردته وكل جناية على المرتد هدر لأن الردة تسقط عصمة المرتد . و إذا كان أبو حنيفة لا يرى قتل المرأة ولا الصبيان الذين بلغوا مرتدين ، و إذا كان مالك لا يرى قتل بعض الصبيان فإنهما معا يريان أن من قتل امرأة مرتدة أو صبياً مرتداً قبل التوبة فإن القاتل لا يعتبر مسئولا عن جريمة القتل لأنه قتل شخصا مهدر الدم و إنما يسأل باعتباره مفتاتا على السلطات العامة[5]

ثانياً : العقوبة البدلية

٦٨٧ — العقوبة البدلية للردة تكون فى حالتين :

الأولى : إذا سقطت العقوبة الأصلية بالتوبة استبدل بها القاضى عقوبة تعزيرية

(١) نفس المراجع ٤٠١ ، ٤٠٢ (٢) حاشية ابن عابدين ص ٤١٢
(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ . (٤) شرح الازهار ج ٤ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠
(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ — كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٤٠٤

مناسبة لحال الجانى كالجلد أو الحبس أو الغرامة أو التوبيخ ويصح أن يكون الحبس محدد المدة وأن لايكون محدد المدة فيحبس المرتد إلى غير أمد حتى يظهر صلاحه .

ويميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت ردته (وهذا عندمن يقبلون توبة المعتاد على الردة) كما يميل بعض الفقهاء إلى إعفاء الجانى من العقاب من أول ردة إلا إذا كان ساباً لرسول الله أو ساحراً(١)

الثانية : إذا سقطت العقوبة الأصلية لشبهة كما أسقطها أبو حنيفة عن المرأة والصبى وكما أسقطها مالك عن بعض الصبيان فى هذه الحالة تحبس المرأة والصبى إلى غير أمد ويجبر كلاهما على الإسلام ويجوز أن يصحب الحبس عقوبة أخرى ويستمر الحبس حتى يسلم المرتد .

ثالثا : العقوبة التبعية

٦٨٨ – العقوبة التبعية التى تصيب المرتد على نوعين :
أولاهما : مصادرة مال المرتد وثانيهما : نقص أهلية المرتد للتصرف .

٦٨٩ – ١ – مصادرة مال المرتد : يرى مالك والشافعى وأحمد أن مال المرتد إذا مات أو قتل يكون مشيعا ولا يرثه أحد لا من المسلمين ولا من غيرهم ويستثنى مالك من هذه القاعدة مال الزنديق والمنافق فيرى أن ميراثه لورثته المسلمين لأن المنافقين على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ورثهم أبناؤهم المسلمون لما ماتوا(٢)

والرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة أن الردة لاتزيل الملك عن المرتد ولاتمنعه عن تملك أموال أخرى بعد الردة بأسباب التمليك المشروعة وإنما توقف الردة ملك المرتد من وقت ردته فإن أسلم ثبت له ملكه وإن مات مرتداً أو قتل بردته كان ماله فيئاً .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨٢ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٨٧ – نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٢ – المغنى ج ١٠ ص ١١٣ – كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٦

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ – كشاف القناع ج ٤ ص ١٠٤ – المغنى ج ١٠ ص ٨١

أما فى مذهب أبى حنيفة فالمال المكتسب فى حال الإسلام يرثه الورثة المسلمون إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وقضى باللحاق أو المال المكتسب حال الردة فيراه أبو حنيفة فيئاً ، ويراه أبو يوسف ومحمد ميراثاً ـ ولا خلاف فى المذهب أن مال المرتد الموجود فى دار الحرب سواء اكتسبه قبل الردة أو بعدها فهو فىء إذا ظهر عليه[1] .

والفرق بين مذهب أبى حنيفة والمذاهب الأخرى يرجع إلى الخلاف على تفسير ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » فالمذاهب الثلاثة لا تجعل مال المرتد لورثته لأنه كافر وهم مسلمون ، وأبو حنيفة وأصحابه يتأولون فيقولون إن مال المرتد مال مسلم لأن الردة كالموت فى إزالة سبب الملك ، فإذا ارتد شخص فإن الردة تعتبر بالنسبة لماله موتاً فهو مسلم قد مات فيرثه ورثته المسلمون .

ويتفق مذهب الشيعة الزيدية مع مذهب أبى حنيفة ورأى أبى يوسف ومحمد[2] ويرى الظاهريون أن مال المرتد لورثته الكفار إن كان له ورثة فلا هو فىء ولا هو ميراث لورثته المسلمين[3]

ويعتبر أبو حنيفة لحاق المرتد بدار الحرب فى حكم موته إذا قضى القاضى بلحاقه لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت فى حق زوال ملكه عن أمواله المتروكة فى دار الإسلام ، لأن زوال الملك عن المال بالموت لكونه مالاً فاضلاً عن حاجته لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به ، وقد وجد هذا المعنى فى اللحاق ، لأن المال الذى فى دار الإسلام خرج من أن يكون منتفعاً به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به ، فكان فى حكم المال الفاضل عن حاجته ، لعجزه عن قضاء حاجته به ، فكان اللحاق بمنزلة الموت فى كونه مزيلاً للملك[4] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٨

(٢) شرح الأزهار ص ٥٧٨

(٣) المحلى ج ١١ ص ١٩٧ ، ١٩٨

(٤) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٨٤

وعلى هذا مذهب الشيعة الزيدية[1] ، أما المذاهب الأخرى فلا تعتبر اللحاق بدار الحرب فى حكم الموت .

٦٨٩ — ٢ — نقص أهلية المرتد للتصرف ـ : لاتؤثر الردة على أهلية المرتد للتملك ، فيجوز أن يتملك بالهبة و باستئجار نفسه ، و بالصيد ، وبالشراء مثلا ، ولـكنه لايتملك بالميراث مادام فى دار الإسلام لاختلاف الدين لأنه لايقر على ردته ، ولـكن الردة تؤثر على أهلية المرتد للتصرف فى ماله ، سواء كان المال مكتسباً قبل الردة أو بعدها فتصرفاته لاتـكون نافذة ، وإنما توقف تصرفاته ، فإن أسلم نفذت — وإن مات على ردته كانت تصرفاته باطلة لأنها تمس أموالا تعلق بها حق الغير وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب مالك والشافعى وأحمد ، إلا أن مذهب الشافعى يبطل التصرفات التى لاتحتمل الإيقاف كالبيع فإنه من العقود النافذة مالم يكن معلقاً على شرط وكذلك الهبة والرهن وما أشبه — على أن فى هذه المذاهب الثلاثة رأى مرجوح يرى أصحابه بطلان تصرفات المرتد بطلاناً مطلقاً ، وهذا على أساس النظرية القائلة بأن الردة تزيل الملك ولاتوقفه ، فإذا أزالت الردة الملك عن المرتد فتصرف كان التصرف باطلا لصدوره من غير مالك[2] .

وفى مذهب أبى حنيفة خلاف فيرى أبو حنيفة أن تصرفات المرتد موقوفة فإن أسلم جازت هذه التصرفات ، وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت كل تصرفاته ، وأساس نظريته أن الردة توقف ملك المرتد . أما عند أبى يوسف ومحمد ، فملك المرتد لايزول بالردة ولايوقف وإنما يزول الملك بالموت أو القتل أو اللحاق بدار الحرب ، وعلى هذا فإن تصرفات المرتد عندهما جائزة كما تجوز من المسلم ، ولـكنهما اختلفا فى مدى جواز هذه التصرفات ، فرأى

---

(١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٥٧٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٦ ، ٦٨ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٠١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ ـ المغنى ج ١٠ ص ٨٣ ، كشاف ج ٤ ص ١٠٨

محمد أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات المريض مرض الموت، لأن المرتد على شرف التلف لأنه يقتل فأشبه المريض مرض الموت ، ويرى أبو يوسف أن تصرفات المرتد جائزة جواز تصرفات الصحيح لأن اختيار الإسلام بيده فيمكنه الرجوع إلى الإسلام فيتخلص من القتل ، والمريض لا يمكنه دفع المرض فأنى يتشابهان ؟ (١) .

ومذهب الشيعة الزيدية كرأى أبى حنيفة إلا أنهم يجعلون التصرفات فى القرب لغواً كالوقف والصدقة والنذر إلا العتق فإذا لم تتناول التصرفات القرب فهى موقوفة فإن أسلم نفذت وإلا بطلت(٢) .

* * *

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٦ (٢) شرح الازهار ج ٤ ص ٥٧٩

الباب الأول

فى الجنايات

رقم الفقرة | | رقم الصفحة

الفصل الأول

فى القتل

رقم الفقرة		رقم الصفحة

الفصل الأول

الجناية على مادون النفس

رقم الفقرة | | رقم الصفحة

الجناية على مادون النفس عمدا

الجناية على مادون النفس خطأ

أسباب امتناع القصاص العامة

استيفاء القصاص

سقوط القصاص

العقوبات الأصلية الثانية

رقم الفقرة		رقم الصفحة

العقوبات البدلية

الفصل الثانى

فى عقوبة الزنا

الكتاب الثالث

فى الشرب

الكتاب الرابع

السرقة

الكتاب الخامس

الحرابة

الكتاب السابع

الردة

* * *